Gerber's

Deutsches Privatrecht.

System

des

Deutschen Privatrechts

von

C. F. v. Gerber,

K. S. Geheimen Justizrathe und ordentl. Professor der Rechte zu Leipzig,
Comthur des Ordens der Württembergischen Krone 2c.

Achte vermehrte und verbesserte Auflage.

Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Mauke.

1863.

Aus der Vorrede zur ersten Auflage.

— Der Anspruch, welcher an den Verfasser der systematischen Bearbeitung eines Rechtstheils gestellt werden muß, hat von jeher die verschiedensten Auslegungen erfahren. Wenn man auch immer erkannt hat, daß der Begriff eines Organismus den Gedanken einer nothwendigen Fügung des Einzelnen unter die einheitliche Herrschaft der Gesammtidee einschließe, so hat man doch selten die Nothwendigkeit einer consequenten Durchführung desselben festgehalten, und Rücksichten der Deutlichkeit, Bequemlichkeit und vor Allem der Rücksicht auf den Lehrzweck, welcher die Folge des Unbekannten auf das Bekannte zu fordern schien, einen leichten Durchbruch gestattet. Wollte man dieß Verfahren gut heißen, so würde man damit — bewußt oder unbewußt — auf die Vortheile verzichten, welche in der Rückwirkung einer vollendeten Form auf den Inhalt erwachsen, man würde dann in der systematischen Anordnung des Stoffes weit eher die Befriedigung eines äußerlichen Interesses als die Erfüllung einer durch sich selbst gerechtfertigten, unumgänglichen Forderung der Wissenschaft erkennen. So haben sich auch die seitherigen Bearbeiter des deutschen Privatrechts mit dieser Forderung leicht abgefunden; bald haben sie halbwahre und längst der Geschichte übergebene Ideen

zu einer maßlosen Herrschaft erhoben und den modernen Rechtsstoff dem ungehörigen und jedem System feindlichen Zwange mittelalterlicher Phantasieen unterworfen, bald haben sie sich begnügt, oberflächliche Kategorieen den gangbaren Systemen des römischen Rechtes abzuborgen, und unbekümmert um die weitere Gestaltung des Einzelnen die schwer zu fügenden Stoffe in bunter Mischung auf einander gehäuft. Aber dieser Mangel hat noch eine bedenklichere Seite als die, welche in der Vernachlässigung des Maßes und der Schönheit der Anordnung gelegen ist. Die Consequenz eines nach dem Inhalt der Rechte zu schaffenden Systems fordert die strengste Prüfung der rechtlichen Natur der einzelnen Institute und ihres Zusammenhangs mit den stufenweise bis zum letzten Sammelpuncte aufsteigenden Gesammtideen, sie verlangt Rechenschaft über das Maß des zu liefernden Stoffes, Ausscheidung alles Fremdartigen und eine Darstellung, welche nicht die Natur gewöhnlichen Erzählens, sondern einer in spontaner Bewegung fortschreitenden Selbstentwickelung des Gegenstandes haben muß. In der That hat sich die Geringschätzung des Systems bei den bisherigen Schriftstellern über deutsches Privatrecht vielfach gerächt; daher ist es gekommen, daß sie so häufig das blos factische Material des Rechtes statt des Rechtes selbst vortrugen, daß sie der Erzählung von Rechtsalterthümern einen ungebührlichen Raum gönnten, daß sie für die Bedeutung der Geschichte der Rechtsinstitute gegenüber der Dogmatik den Maßstab entbehrten und über den Leser eine wüste Fülle historischer Notizen selbst dann ausstreuten, wenn ihnen die Beziehung zur Gegenwart mangelte, daß sie Verwandtschaft mit Aehnlichkeit verwechselnd oft das Verschiedenartigste gemeinschaftlichen Gesichtspuncten unterstellten, und daß ihnen endlich die

Abgränzung des Privatrechts gegen das Staatsrecht kein wirkliches Bedürfniß war. Man könnte von ihnen wiederholen, was Goethe über die persischen Dichter sagt, wenn er durch ihre Production an den Anblick eines orientalischen Bazars erinnert wird: „Nicht immer sind die kostbarsten und niedrigsten Waaren im Raume weit gesondert, sie vermischen sich in unseren Augen und oft gewahren wir auch die Fässer, Kisten, Säcke, worin sie transportirt worden; wie auf einem Obst= und Gemüsmarkte sehen wir nicht allein Kräuter, Wurzeln und Früchte, sondern auch hier und dort allerlei Arten Abwürflinge, Schalen und Strunke.“

Indem ich dieses Urtheil ausspreche, bin ich mir wohl bewußt, welche Verdienste der Thätigkeit neuerer Germanisten in anderer Richtung eine reiche Anerkennung fordern. Mit ehrfurchtsvoller Verehrung nenne ich vor Allem den Vater unserer Wissenschaft, Karl Friedrich Eichhorn, dessen Einleitung in der That mit obigem Tadel am wenigsten gemeint sein sollte, da dieß vortreffliche Werk auf anderem Wege ein ähnliches Ziel schon zu einer Zeit verfolgte, in welcher das Bedürfniß des letztern selbst für die Darstellung des römischen Rechts noch wenig gefühlt war. Aber auch Eichhorn würde, wenn er in unseren Tagen sein Werk von Neuem beginnen sollte, gewiß nicht verkennen, daß die heutige Wissenschaft sich nicht mehr begnügen könne mit einer auf sichere historische Grundlagen gestützten Darlegung der einzelnen Rechtssätze und Rechtsinstitute, wie sie in ihrer äußeren Wirksamkeit sichtbar hervortreten, daß sie vielmehr ein tieferes Eindringen in die Natur der Rechte selbst und eine mit steter Rücksicht auf die letzten Gründe des Rechts geleitete vergeistigende Analyse der Institute beanspruche. — — —

Aber wie muß die Idee eines Organismus für die Wissen=

schaft des deutschen Privatrechts gefaßt werden? Es wäre denkbar, daß in der Bedeutung der Rechtssubjecte, der Personen, für das deutsche Privatrecht der Grund einer durchgreifenden Verschiedenheit des Systems von demjenigen gelegen sei, welches für das römische Recht passend gefunden worden ist. Wenn sich nach dem letzteren die Vertheilung der Stoffe allein nach dem Inhalte richtet, welchen die einzelnen Rechte haben, nicht aber nach den Personen, von welchen sie angewandt werden, indem jedes Recht in gleicher Weise der denkbare Inhalt des Willens jeder Person ist, so könnte man glauben, das Charakteristische des deutschen Rechts bestände eben in einer Abweichung von diesem Grundsatze, indem es seine Personen nicht als Wesen mit einem überall hin herrschenden freien Willen, sondern als Subjecte betrachte, deren Willensfähigkeit durch Einflüsse der Geschichte immer nur auf einen bestimmten Raum eingegränzt sei. So hat man in der That schon die Aufgabe erfaßt und den privatrechtlichen Stoff in eine Menge kleiner Theile zerklüftet, von denen jeder das besondere Gebiet der Willensherrschaft einer bestimmten Art von Personen ausmachte; man hat namentlich für nothwendig gehalten, den Ständen eine besondere Bedeutung bei dieser Zertheilung des Ganzen zu gewähren, man hat ein Adelsrecht, Bürger- und Bauernrechte gegründet, und diesen Separatrechten mit einer kleinen Wendung des Princips Landwirthschafts-, Gewerbe-, Handelsrechte zur Seite gestellt, wobei besonders das Lehnrecht wohlthätige Dienste erzeigte, welches sich ebenso gut unter die Adelsrechte bequemte, als es sich gefallen ließ, außerhalb alles übrigen Privatrechts in trauriger Vereinsamung als s. g. Staatsprivatrecht aufgestellt zu werden, obschon das staatsrechtliche Element desselben seit Generationen zur Antiquität gewor-

den war. Bei dieser Eintheilung des Stoffs hat man sich lange wohl gefallen, ja, man hat darin einen besonderen Vorzug des deutschen Rechts vor dem römischen erblicken wollen, den man mit den Worten bezeichnete, das deutsche Recht bringt auch das Individuelle, das Besondere zur Geltung. Fügte man diesen Specialrechten nun noch einige Indifferenzpuncte bei, auf welchen den verschiedenen Willen aller Personen ausnahmsweise zugleich gestattet wurde, sich frei herumzutummeln, so hatte man das bunte und, wie man glaubte, recht eigentlich deutsche Bild des gemeinen deutschen Privatrechts gewonnen.

Wäre dieser Gedanke richtig, so möchte ich dem Inhalte des deutschen Rechtes nur eine geringe Lebenskraft zuschreiben; es würde sofort seine Endschaft erreichen, wenn der Zwang, durch welchen die Willensfähigkeit der einzelnen Person gebunden war, von der natürlichen Kraft des einen und immer gleichen menschlichen Geistes gebrochen würde — ein Ereigniß, welches nicht einmal die schnell wirkenden Hebel der Gegenwart zu seiner Voraussetzung hat. Jener Gedanke ist aber auch an sich falsch und absolut verwerflich, er beruht auf einere Verwechslung der Begriffe. Der privatrechtliche Wille, insofern er auf die Unterwerfung einer Sache oder Person gerichtet ist, bleibt stets specifisch derselbe, mag er sich auch aus der unendlichen Mannigfaltigkeit der Dinge die verschiedenartigsten Gegenstände erwählen, mag er auch die bunteste Verkettung menschlicher Lebensverhältnisse durchdringen. Nun giebt es freilich staatliche und sociale Zustände, welche den Interessen einer bestimmten Classe von Menschen eine besondere im Rechte wirksame Richtung geben, und die Wissenschaft kommt diesen Interessen entgegen, indem sie ihnen bereitwillig die Form ihrer Geltendmachung gewährt;

aber die Motive zur Abgränzung dieser bestimmten Rechtsformen liegen ebenso sehr jenseits des Privatrechts, als Freude und Schmerz, Güte und Härte, welchen Gefühlen Niemand eine Einwirkung auf das Rechtsleben bestreiten wird. Die Eintheilung der Menschen nach Ständen hat ein rein staatsrechtliches Interesse; sowie aber eine bedeutende und hervortretende Thatsache im Staatsleben immer auch über die ursprüngliche Sphäre ihres Erscheinens hinaus wirken muß, so hat auch jene auf die Besonderheit der geschichtlichen Stellung und der Neigungen gestützte ständische Gliederung auf das Privatrecht den Einfluß gehabt, daß zu den allgemeinen Voraussetzungen desselben noch besondere hinzutraten und eine der Verschiedenheit der menschlichen Interessen entsprechende Mannigfaltigkeit der Rechtsformen erzeugt wurde. Sobald aber diese Motive ihre Aufgabe als rechtsbildende Kräfte vollendet haben, treten sie aus dem Kreise der juristischen Betrachtung zurück, welche sich allein damit beschäftigen kann, die Natur der entstandenen Institute und Sätze nicht nach ihrer zufälligen Beziehung zu vereinzelten Lebenszuständen, sondern nach ihrer Stellung in einem Systeme der Rechte zu untersuchen, dessen leitender Gedanke ausschließlich aus der Vergleichung der Hauptrichtungen des Personenwillens gefunden wird.

So kommen wir unvermerkt bei demselben Principe an, mit dem es möglich geworden ist, den Stoff des römischen Rechts zu einer solchen wissenschaftlichen Einheit und Durchbildung zu bringen und einer ferneren lebendigen Entwickelung fähig zu machen. Die Aufgabe ist freilich beim deutschen Privatrecht ungleich schwieriger, da es ihm bisher noch immer an einer durchgreifenden Scheidung des Staats- vom Privatrechte mangelte, und da jene Art der juristischen Abstraction überhaupt der in

den einheimischen Rechtsquellen sichtbaren Auffassung des Rechtes abgeht; denn es ist ja bekannt, wie wenige Institute und Rechtssätze in den mittelalterlichen Quellen zur objectiven rechtlichen Substanz abgeklärt sind, wie häufig dagegen das Recht als ein von individuellen und persönlichen Zustände untrennbarer Theil angesehen wird. Dieß ist aber eine Unvollkommenheit, welche überwunden werden muß. Ließe sich das deutsche Recht nicht der Fügung des oben bezeichneten Organismus unterwerfen, so würde dieß ein Beweis dafür sein, daß ihm die dauernde Lebenskraft principieller Wahrheiten abginge, daß es vergänglich und hinfällig wäre wie jede auf bloß individuellen Ursachen beruhende Einzelerscheinung des Lebens. Gelingt es dagegen, das bezeichnete Ziel zu erreichen, so ist damit der unendliche Vortheil gewonnen, die gesunden Ideen des einheimischen Rechts zur lichtvollen Entfaltung zu bringen und ihnen durch die Gewähr der begrifflichen Wahrheit eine dauernde Wirksamkeit zu sichern. Ein solches System ist nicht einförmig, denn es hat die Aufgabe, auch der Mannigfaltigkeit ihr Recht zu geben, aber sie zugleich der Einheit des Ganzen zu verbinden; wer den Reiz eines wissenschaftlichen Systems des deutschen Rechts nur in der Einmischung bunter und zusammenhangsloser persönlicher Zustände findet, der bekennt damit, daß er die Fähigkeit entbehrt, sich zu erfreuen an der siegreichen Macht des Gedankens.

Wenn durch diese Bestimmung nun auch die äußeren Linien des Systems bezeichnet sind, so drängt sich doch noch manche Frage über das Princip der innern Anordnung der Stoffe auf. Zur Fassung des römischen Privatrechts hat man die Begriffe: Rechte an Sachen, Rechte an Handlungen, Rechte an Personen und Rechte an der Verlassenschaft einer abgeschiedenen Per-

son für geeignet gefunden. Es wäre nun denkbar, daß die Rechtsanschauung in Deutschland eine vollkommen verschiedene gewesen sei, und deshalb andere Anknüpfungspuncte als die eben genannten Ideen gesucht werden müßten. In der That hat ein neuerer Schriftsteller es versucht, den heutigen Rechtsstoff unter einige, zum Theil ohnedieß mißdeutete Begriffe des Mittelalters zu fügen, nämlich die Begriffe: Freiheit, Vormundschaft und Gewere. Ich erachte jedoch eine Widerlegung dieser Systematisirung für meiner Aufgabe fremd, da ich in der Abweisung derselben auch auf die Uebereinstimmung Derer rechnen zu können glaube, welche von der Haltbarkeit meiner ganz verschiedenen Ansicht über die Bedeutung und den Werth der genannten Ideen, besonders der Gewere, nicht überzeugt sein sollten. Auch die Meinung glaube ich übergehen zu dürfen, welche das Handels- und Gewerberecht nicht bloß der ständischen Einwirkung oder der Deutlichkeit wegen vom übrigen System abtrennt, sondern weil im erstern und zum Theil auch im letztern Obligationsformen enthalten seien, welche dem Principe nach von den dem allgemeinen Verkehr zugehörenden Forderungsrechten abweichen; ich hoffe, im zweiten Buche des zweiten Theils die Unrichtigkeit dieser Ansicht durch die Ausführung zu erweisen. Wohl aber liegt darin etwas weit Scheinbareres und Verlockenderes, wenn man zwischen die dinglichen und Forderungs = Rechte ein Mittelglied glaubt einschieben zu müssen, zu dessen Annahme mehrere nur dem deutschen Rechte bekannte Rechtsformen veranlaßten. Aber auch dieser Ansicht muß ich die Fähigkeit einer wissenschaftlichen Begründung absprechen, denn der auf Unterwerfung einer Sache gehende Wille steht mit dem auf Verpflichtung einer Person zu einer Handlung gerichteten in diametralem Gegensatze,

und eine bloß formelle Verbindung zweier Gegensätze vermag kein drittes einheitliches Element zu schaffen. Es wird sich aus der Darstellung selbst ergeben, daß die Analyse jener Rechte eine zwanglose Subsumtion unter diejenigen Kategorieen als möglich erscheinen läßt, nach welchen sie sich vermöge ihres hauptsächlichen Gehaltes neigen. —

Es ist eine selbst bei voller Anerkennung des Princips der geschichtlichen Rechtsanschauung nicht zu bestreitende Wahrheit, daß ein großer Theil des Privatrechts in seinen allgemeinsten Grundlagen den Einflüssen der Volksindividualität fern steht, und die Bestimmung seiner Gränzen durch die bei Völkern von gleicher Bildungsstufe immer in demselben Geleise sich offenbarende allgemein menschliche Idee der Gerechtigkeit empfängt. Diese Ansicht wird, richtig verstanden, der geschichtlichen Auffassung des Rechts keinen Eintrag thun; sie kann vielmehr dazu beitragen (was gewiß nicht der kleinste Segen des Geschichtsstudiums ist), den in der Durchdringung der entwickelnden Geschichte geübten Blick auch über die Gränze vergangener und gegenwärtiger Zustände hinaus an das letzte Ziel geistiger Thätigkeit auf diesem Gebiete zu führen; sie wird dann lehren, daß die Rechtserzeugung jedes neu entwickelten Volkes nicht von einer gänzlichen Vernichtung bisher bei andern Völkern gewonnener Wahrheiten auslaufen, sondern sich stets nur innerhalb der allgemeinen Gränzen des geebneten Bettes bewegen kann, und daß die durch immer neue Einflüsse neuer Volksindividualitäten modificirten und geläuterten Rechtsstoffe an der endlichen Vollendbarkeit aller geistigen Besitzthümer der Menschheit Theil nehmen. Und selbst bei den Völkern, deren Rechtsgebäude nicht auf schon entwickelte Rechtssysteme, sondern auf originelle Grundlagen gestützt ist,

wird sich nach längerer Geistesarbeit und Abklärung stets ein bewußtes oder unbewußtes Einlenken in die schon geebneten Bahnen erkennen lassen. Völkerindividuen werden zwar immer so wie die einzelnen Menschen die Stufen ihrer Entwickelung mit origineller Triebkraft emporschreiten; aber es giebt einen gewissen Punct, wo die Gemeinsamkeit der schon vorhandenen geistigen Errungenschaften eine unabweisliche Forderung des Gesetzes menschlicher Entwickelung wird. Denn das Individuelle zerfließt dadurch nicht in eine vage Allgemeinheit, sondern gewinnt nur eine seiner ferneren Entfaltung zuträgliche Grundlage.

So habe auch ich es nach wiederholter Prüfung für nothwendig gehalten, das deutsche Privatrecht in die eben bezeichneten Bahnen hineinzuführen; sie sind nicht das Ergebniß einer nur dem römischen Nationalrechte zugewandten Betrachtung, sondern ruhen auf der richtig erkannten und unveränderlichen Bedeutung des menschlichen Willens im Privatrechte. Ich brauche nicht besonders auszusprechen, daß ich mir gleichzeitig zur Aufgabe gesetzt habe, den Reichthum des einheimischen Rechts und seine Eigenthümlichkeit im Einzelnen zu wahren, — obschon ich bekenne, daß ich die übertriebenen Anpreisungen des erstern nicht theile, welche meistens nur durch die quantitative Fülle der Urkunden und durch den Reiz naturwüchsiger Anschauung und Formen veranlaßt worden sind.

Dieß sind die Ideen, welche mich bei der Begründung eines Systems des deutschen Privatrechts geleitet haben. Es kam mir hauptsächlich auf die Analyse und Construction des rein juristischen Elements der Rechtsinstitute an, im Gegensatze der vielen rein factischen und unwesentlichen Zuthaten, mit welchen gerade im deutschen Rechte so oft die rechtliche Substanz verhüllt

wird. Es sollte ferner eine consequente Trennung des Geschichtlichen vom Dogmatischen und besonders des Staatsrechtlichen und Politischen vom Privatrechte versucht werden. Bei allen Bemühungen war es freilich schon nach der fragmentarischen Natur des Stoffes unmöglich, eine nach allen Seiten hin vollendete Form zu erstreben, da, wie ich an einem andern Orte gezeigt zu haben glaube, eine Verbindung des deutschen und des römischen Rechts für jetzt wissenschaftlich unzulässig ist. Vielleicht ist es mir gelungen, durch diese Arbeit die künftige Möglichkeit einer wissenschaftlichen Vereinigung beider Rechtsstoffe zu vermitteln. —

Im Sturme der Gegenwart wird Vieles fallen, was in diesem Buche noch als bestehend betrachtet wurde; über Manches ist schon jetzt das Urtheil gesprochen. Aber erst die Zukunft wird entscheiden, welchen Instituten des deutschen Rechts eine wirkliche Lebenskraft inwohnt, nicht die Aufregung der Gegenwart, wenn die Axt bei der Vernichtung zeitwidriger Einrichtungen auch an gesunde Stämme gelegt wird. Denn es ist ein Irrthum, wenn man so viele durch Jahrhunderte gepflegte Rechtsinstitute durch einen einzigen Griff entwurzeln zu können vermeint; das zu Grunde liegende Rechtsprincip, dem oft Unkenntniß und blinder Eifer die Schuld seiner zufälligen Anwendung in einer den politischen Anforderungen der Zeit widerstrebenden Weise beimißt, wird sich in anderer Verbindung immer von Neuem kundgeben, so lange ihm von seiner natürlichen Quelle, dem Rechtsbewußtsein des Volks, das nicht allein auf einer politischen Grundlage ruht, die nothwendige Nahrung zufließt.

Erlangen im Juli 1848.

Aus späteren Vorreden.

Es ist immer bedauerlich, wenn eine Verschiedenheit wissenschaftlicher Richtungen zur Parteisache wird; die Entscheidung fällt dann nicht der allein berechtigten unbefangenen Forschung, sondern der Leidenschaft und allen den Mächten anheim, welche bei Parteistreiten wirksam zu sein pflegen. In diesem Sinne beklage ich die unglückselige Entdeckung eines Gegensatzes zwischen Germanisten und Romanisten in Bezug auf die Behandlung des Rechts in der Gegenwart. Nicht genug, daß er auf dem Gebiete der Wissenschaft geltend gemacht wurde: es fehlte auch nicht an Solchen, welche ihn in das Bereich des öffentlichen Lebens hinüber trugen, und hier sollte den Germanisten schon ihrem Namen nach das Loos der Popularität zufallen. Sonderbare Fügung der Verhältnisse! Während man die Germanisten als Vorkämpfer der Nationalität erhob und in demselben Maße die Romanisten verurtheilte, war die allgemeine Richtung der Zeit, das deutsche Recht aller und jeder nationalen Eigenthümlichkeit zu berauben und die aus dem innersten Geiste des deutschen Volks erwachsenen Rechtsideen mit leidenschaftlicher Begier zu entwurzeln. Die Wenigsten waren sich

wohl dabei bewußt, daß gerade dadurch die in der Indiviudaliät des deutschen Lebens liegende Schranke für die Alleinherrschaft des abstracten römischen Weltrechts beseitigt werden würde.

In der That kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß unter Denjenigen, welche an den Fortschritten der deutschen Rechtswissenschaft seit Savigny Theil genommen haben, ein solcher Gegensatz zwischen Romanisten und Germanisten gar nicht statt findet; dieser Gegensatz gehört in das siebzehnte und achtzehnte Jahrhundert, in die Zeit, in welcher die Beziehung der Volksindividualität zum Rechte noch keine oder wenigstens keine genügende Würdigung gefunden hatte. Es giebt heutzutage keinen wahrhaft gebildeten Juristen, der dem deutschen Rechte in seiner eigenthümlichen Sphäre die gebührende Anerkennung versagte, und ebenso wenig wird jetzt ein Denkender die Bedeutung des römischen Rechts für das deutsche Volk verkennen. Ist aber die Versetzung des Gegensatzes zwischen Romanisten und Germanisten in die Gegenwart schon an sich völlig ungerechtfertigt, so verdient sie um so mehr abgewiesen zu werden, weil sie wenigstens einen Theil der Juristen wieder in Parteien scheidet, die Erkenntniß des wahren Bedürfnisses verhindert und die Kräfte, statt auf Befriedigung des letztern, auf das ganz unfruchtbare Feld eines persönlichen Kampfes leitet*). —

Um die Richtung zu erkennen, in welcher die Wissenschaft zur wahren Förderung des deutschen Privatrechts thätig sein kann, ist es vor Allem nöthig, den Blick auf die eigenthümlichen Bildungsformen desselben zu werfen. Eine richtige Auffassung

*) Ich habe dieß nun näher ausgeführt in der Schrift: „Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft. Eine akademische Rede. Tübingen 1851."

der letzteren wird dazu dienen, das Verhältniß des inneren Zustandes des deutschen Rechts zu denjenigen Forderungen aufzuklären, welche unsere Zeit auf Grund der durch das römische Recht gewonnenen juristischen Bildung in Bezug auf die wissenschaftliche Ausbildung eines Rechtes machen darf.

Wo, wie in Rom, die Rechtsbildung eines Volks durch einheitliche Gesammtorgane, nämlich eine gesetzgebende Gewalt, und eine zugleich das Gewohnheitsrecht berücksichtigende juristische Praxis und Wissenschaft geschieht, wird es möglich, daß das Recht gar bald zu einer Summe abstracter und objectiver Principien heranwächst, welche sich ebenso zur praktischen Anwendung als zur systematischen Verbindung und wissenschaftlichen Bearbeitung eignen; es ist dann bei einem für die Ausbildung des Rechts befähigten Volke ein leichter Schritt, daß die innere Natur der Rechte erkannt und zu einer die thatsächlichen Verhältnisse des Rechtslebens beherrschenden Macht erhoben werde. Das deutsche Recht hat keine solchen einheitlichen Erscheinungsformen gehabt; es ist aus der unendlichen Menge individueller rechtsproductiver Kräfte hervorgegangen, welche in Deutschland neben einander wirksam waren: Städte und Landschaften, Kirchen und Gutsherrschaften, Genossenschaften und Einzelne, und endlich die vielen landesherrlichen Regierungen*). Dieser Umstand hat seine vortheilhafte, aber auch seine nachtheilige Wirkung gehabt. Vortheilhaft war er, weil auf diese Weise die reiche und schöne Mannigfaltigkeit des deutschen Volkslebens eine

---

*) So sehr auch die formelle Entwicklung des deutschen und römischen Rechts verschieden ist, so verwandt sind doch die materiellen Ausgangspuncte, wie dieß nunmehr Ihering's Geist des römischen Rechts auf das Deutlichste nachweist.

unmittelbare Einwirkung auf die Rechtsbildung bewahren und so dem deutschen Rechte in dem Reichthum der ihm zu Grunde liegenden individuellen factischen Verhältnisse einen ungemeinen Reiz verleihen konnte. Nachtheilig war jener Umstand, weil dadurch die Principien des deutschen Rechts eine Form erhielten, in welcher sie ebensowohl einer feineren Ausbildung widerstrebten, als einer leichten Zerstörung ausgesetzt waren, und weil die übergroße Fülle und Mannigfaltigkeit der rechtlich zu sichernden factischen Verhältnisse eine tiefere Würdigung des Rechtes als selbstständigen Elements in den Hintergrund drängen mußte.

Die Bildungsform des deutschen Rechts war nämlich in der Regel die, daß seine Principien in der Gestaltung von Rechten im subjectiven Sinne hervortraten. Die umfangreichste Quelle des deutschen Rechts, der ungeheure Schatz an Urkunden, Weisthümern und Schöffenurtheilen liefert hierzu den Beweis; in allen diesen besteht das juristische Element in der Regel nur in der rechtlichen Feststellung einzelner Rechtsverhältnisse, und nur äußerst selten in der bewußten Anerkennung eines selbstständigen Rechtsinstituts. Fast alle rechtlichen Bestimmungen schließen sich an ein Besonderes, Individuelles an; das Allgemeine im Rechte findet keinen anderen Ausdruck, als die in allen Gegenden Deutschlands übereinstimmende Sitte, welche zur Erzeugung und Wiederholung jener individuellen Zustände eine gleichmäßige Veranlassung gab. Das Institut der Reallasten, des bäuerlichen Colonats, der Gutsherrlichkeit kann man geschichtlich fast aus keinen anderen Quellen als aus der Summe von Urkunden über einzelne Fälle der Begründung solcher Verhältnisse construiren. Selbst die städtischen Statuten und die Rechtsbücher können diese Eigenthümlichkeit der Rechtsanschauung nur in sehr geringem

Grade überwinden, obschon sie nach ihrem ganzen Charakter eine mehr principielle Darstellung anstreben. Bei dieser Lage der Sache war es aber natürlich, daß das deutsche Recht dem Uebergewichte des römischen Rechts nur einen geringen Widerstand entgegensetzen konnte; während das letztere die Kraft principieller Ausbildung in die Wagschale warf, konnte sich jenes selbst da, wo es wirklich ein objectives Rechtsprincip enthielt, nur auf die sehr unsichere Dauer des individuellen Lebensverhältnisses stützen, in dessen Verbindung es ausschließlich hervortrat.

Diese Beobachtung ist nur ein Theil einer anderen allgemeineren Wahrnehmung, welche den Zustand aller germanischen Rechte vor Aufnahme des römischen betrifft, und nicht ohne bedeutenden Erfolg zur Erklärung ihres Charakters angewandt werden kann. Es ist dieß die Wahrnehmung, daß die den germanischen Rechten des Mittelalters zu Grunde liegende Rechtsanschauung noch jene ursprüngliche und unvollkommene ist, nach welcher dem Rechte nur eine f o r m e l l e Bedeutung, nicht die Natur eines selbstständigen Wesens mit eigenem Organismus und unabhängigem Leben beigelegt wird. Bei dieser Anschauung wird der Schwerpunct, das bildende Element, allein in die factischen Grundlagen der einzelnen Rechtsverhältnisse gelegt; das Juristische erscheint dabei erst als das Secundäre, als das blos formelle Element, welches dem in freier Gestaltung der factischen Verhältnisse Entstandenen nur den Stempel der rechtlichen Anerkennung aufprägt. —

Wie verhielt sich nun zu diesem Zustande des deutschen Rechts die neuere Rechtswissenschaft?

Man verband anfangs das principiell ausgebildete, abstracte römische Recht mit diesem in lauter individuellen und subjectiven

Rechtsverhältnissen aufgehenden deutschen Rechte. Die Verbindung dieser beiden so ungleichartigen Elemente im usus modernus pandectarum war natürlich eine nur äußerliche, mechanische und unwissenschaftliche (und die in unseren Tagen wieder angepriesenen voreiligen Versuche dieser Art stehen mit jenen älteren auf gleicher Stufe).

Nachdem man im Anfange des vorigen Jahrhunderts das deutsche Recht in selbstständiger Weise zu behandeln begonnen hatte, war man weit entfernt, jene Unvollkommenheit desselben, welche in seiner eigenthümlichen Bildungsform lag, zu erkennen und zu beseitigen. Die ersten Versuche sind werthlose Sammlungen der verschiedensten Gegenstände, die bunteste Mischung von Antiquitäten und modernen Rechtssätzen; es fehlten diesen Arbeiten die beiden hauptsächlichen Grundlagen der Wissenschaft, die historische Perspective und die Durchbringung des Stoffs. Daß diese letztere Forderung auch nicht durch die stofflose naturrechtliche Behandlung des deutschen Rechts am Ende des vorigen und am Anfange dieses Jahrhunderts befriedigt worden ist, braucht kaum bemerkt zu werden. Die geschichtliche Auffassung begann mit Eichhorn; für die andere Seite der Aufgabe ist aber weder durch diesen noch durch seine Nachfolger in der systematischen Bearbeitung des Ganzen eine genügende Lösung erfolgt.

Man legte nämlich das ganze Gewicht auf den Nachweis der geschichtlichen Entwicklung der Institute; man erzählte das Entstehen und allmähliche Wachsen der Rechtsstoffe und beschloß mit einer Darstellung dessen, was die Gegenwart davon gerettet hatte. Es war dieß die Schilderung eines Zuschauers, der den vor seinem Blicke sich entfaltenden Begebenheitn bloß receptiv und leidend

gegenüber steht. Das Mitgetheilte war nicht selbst ein Lebendiges, von selbstständigen Trieben Geleitetes, sondern ein Caput mortuum, das in Rubriken geordnet dem Andenken der Zukunft übergeben wurde. Der Fehler war, daß man sich bei der Ueberwindung der früheren naturrechtlichen Schule beruhigte, daß man Alles gethan zu haben glaubte, wenn man die Nothwendigkeit geschichtlicher Auffassung erkannt und practisch zur Geltung gebracht hatte. In jenen Darstellungen Eichhorn's und seiner Nachfolger liegt Nichts, was einen specifisch juristischen Charakter an sich trüge; das Juristische liegt dabei nur im Stoffe, die Darstellung ist nur die eines Erzählers. Man verkannte, daß in einer selbstständigen Wissenschaft auch die Darstellung durch die Eigenthümlichkeit des Stoffes ergriffen werden und von ihr ein Zeugniß ablegen sollte. Und so mußte es kommen, daß trotz der reichen Thätigkeit unserer Germanisten jene oben erwähnte Unvollkommenheit des deutschen Rechts nicht gehoben, daß für seine innere Fortbildung und die Ausfüllung der Kluft zwischen ihm und unserer heutigen juristischen Bildung, die wir als den schönen Gewinn der Aufnahme des römischen Rechts ansehen, nichts Wesentliches geleistet wurde. —

Einen Versuch zur Lösung dieser schon in der Vorrede zur ersten Auflage angedeuteten Aufgabe sollte das vorliegende Werk enthalten. Vielleicht gelingt es, noch in wenigen Worten bestimmter, als dieß vordem geschehen, den Weg zu bezeichnen, welchen der Verfasser zur Erreichung jenes Ziels betreten zu müssen glaubte.

Vor Allem muß es aufgegeben werden, das deutsche Recht in bloß äußerlicher Schilderung und mit Beibehaltung seiner oben hervorgehobenen eigenthümlichen Bildungsformen darzustellen.

Vielmehr muß untersucht werden, ob in der Totalität der unendlichen Wiederholung gewisser Rechtsverhältnisse (z. B. der Bauergutsverhältnisse und Reallasten) ein wirkliches Rechtsprincip ausgesprochen ist, und wenn sich dieß findet, so muß das in der Begründung von lauter subjectiven Befugnissen ausgesprochene Recht aus dieser zufälligen Verbindung gelöst und in objective Rechtssätze und Rechtsinstitute übersetzt werden. Dadurch werden die Stoffe des deutschen Rechts einer juristischen Auffassung fähig, welche nicht wie die bloß geschichtliche Schilderung die dargestellten Gegenstände nur an ihre erzeugenden Momente in der Vergangenheit anknüpft, sondern die Rechtssätze mit dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart, mit unserem eigenen juristischen Denken in Verbindung setzt. So werden die aus der Geschichte gewonnenen Erscheinungen unseres eigenen Rechtsleben reconstruirt und der Einwirkung der in diesem letzteren herrschenden Kräfte unterworfen. Auf diesem Wege wird es möglich, aus dem germanischen Rechte eine Bereicherung des gesammten heutigen Rechtsstoffes mit Principien zu gewinnen, welchen eine von zufälligen individuellen Verbindungen unabhängige Wirksamkeit zukommt.

Auch dem System glaubt der Verfasser einen wesentlichen Antheil an der Lösung jener Aufgabe zuschreiben zu müssen. Als ein wahrhaft juristisches System erscheint ihm nicht das nach Rechtsverhältnissen bestimmte, bei welchem die entscheidenden Puncte geschichtliche und durch äußere Einflüsse hervorgerufene Zustände sind, sondern allein das System der Rechte, welches den gesammten Rechtsstoff nur als den möglichen Ausdruck des Personenwillens betrachtet. Indem hierdurch das deutsche Recht wieder an die unmittelbar wirksame und lebendige Kraft des menschlichen Willens angeknüpft, d. h. juristisch construirt wird,

tritt es in die Reihe der die Gegenwart beherrschenden Erscheinungen. —

Es ist schon früher von mir hervorgehoben worden, daß das deutsche Recht noch auf das Innigste verbunden ist mit der Sitte und mit den organischen Verhältnissen, d. h. den subjectiven Momenten des Lebens. Diese Thatsache hat für gemüthliche Naturen einen nicht geringen Reiz; in Wahrheit ist sie aber das Zeichen einer entschiedenen Unvollkommenheit unseres Rechtes. Soll dieß zu seiner vollen inneren Selbstständigkeit und zu einer ausgebildeten Technik gebracht werden, so daß es nicht mehr nur auf der sinnigen Anschauung schwankender thatsächlicher Verhältnisse, sondern auf der sicheren Basis der exacten juristischen Kunst ruht, so ist eine Lösung desselben von jenen Verbindungen ein unabweisliches Bedürfniß. „Der Fortschritt des Rechts", sagt Ihering, „besteht in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhangs und in unausgesetzter Trennung und Isolirung." Dieser Gedanke war die Veranlassung dieses Buchs; es wollte ihn auf dem Gebiete des deutschen Rechts im Ganzen versuchen.

Ein Mißverständniß würde es freilich sein, wollte man diesem Gedanken den Sinn unterlegen, als sei darin das Streben ausgesprochen, die ursprünglichen und freien Bildungen des Lebens nach vorgefaßten theoretischen Principien materiell umzugestalten. Dieß ist ebensowenig der Fall, als der Naturforscher mit dem Bedürfniß der Erkenntniß der Urstoffe in den organischen Gebilden auch ein Bedürfniß fühlt, die letzteren zu zerstören, um jene in ihrer Einfachheit wieder herzustellen. Nicht immer wachsen die Rechtsverhältnisse einfachen Rechtsinstituten in die Arme, so daß

sie durch diese vollständig gedeckt würden; oft erscheint ein Verhältniß, vom Gesichtspuncte seiner Wirksamkeit im Leben betrachtet, wie eine einfache Größe, während der Jurist darin eine Verbindung höchst verschiedenartiger Elemente erblickt. Indem er nun versucht, es nach seinen Grundbestandtheilen zu analysiren und hinwiederum die Regel zu finden, auf welcher ihr künstliches Gefüge beruht, will er nichts weniger als eine Beeinträchtigung der geschichtlichen und thatsächlichen Einheit, da er im Gegentheil nur bemüht ist, ihr auch vor den eigenthümlichen Forderungen des juristischen Denkens Anerkennung zu verschaffen.

Vorrede zur achten Auflage.

Die Veränderungen dieser Auflage beziehen sich zunächst auf diejenigen Pargraphen, welche das Handelsrecht darstellen. Sie sind meistens ganz neu bearbeitet worden. Es sollte der Versuch gemacht werden, die größeren Gestaltungen des Deutschen Handelsgesetzbuchs (an dessen Berathung der Verf. als K. Württembergischer Abgeordneter Theil genommen hat) in ihren charakteristischen Grundzügen zu entwickeln, ohne daß dabei der in der allgemeinen Anlage des Buchs liegende Maßstab verlassen würde. Aber auch abgesehen hiervon hat das Buch eine Menge von Zusätzen, die Ergebnisse fortgesetzter Studien und Lebenserfahrungen, erhalten, welche durch alle Theile desselben zerstreut sind.

G.

Leipzig den 20. Juni 1863.

Inhaltsverzeichniß.

Zweiter Theil.

Die einzelnen Privatrechte.

Drittes Buch. Die Rechte an Personen.

Erstes Capitel. Das eheliche Recht.

Einleitung.

Erstes Capitel.

Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts.

I. Entwickelung dieses Begriffs.

Das Recht der Gegenwart.

§. 1.

Das gegenwärtig in Deutschland geltende Privatrecht beruht auf der Anerkennung von Rechten verschiedenen Ursprungs. Ein Theil desselben wird durch den Inhalt der fremden Rechtsquellen, nämlich der römischen und canonischen und der Rechtsbücher des longobardischen Lehnrechts geboten; ein anderer Theil gründet sich auf einheimische Rechtsquellen. Die wissenschaftliche Behandlung des Rechts hat nun dieser Verschiedenheit der Quellen einen Einfluß auf die systematische Darstellung des Privatrechts gestattet, und verweist den Inhalt der fremden Rechte (mit Ausnahme des longobardischen Lehnrechts) in das System des heutigen römischen Rechts, den einheimischen Rechtsstoff aber in eine getrennte Darstellung, welche den Namen gemeines deutsches Privatrecht führt. Der juristische Charakter dieser beiden hierdurch gewonnenen Systeme ist ein durchaus verschiedener; trotz der Gleichartigkeit

ihres Gegenstandes unterscheiden sie sich wesentlich in Bezug auf ihr Verhältniß zur Rechtsanwendung.

Die fremden Rechte.

§. 2.

Das fremde Recht ist enthalten theils im Corpus juris civilis, theils im Corpus juris canonici [1]).

Jenes, das römische Recht, wurde im Mittelalter unter dem Einfluß vieler begünstigender Umstände in Deutschland recipirt [2]). Die Macht innerer Vollendung war es vor Allem, welche ihm Aufnahme verschaffte. Sie ergriff die Ueberzeugung der Gebildeten und bewirkte, daß man schon im funfzehnten Jahrhunderte das römische Recht nicht bloß als eine Sammlung vorzüglichen Materials (ratio scripta) schätzte, sondern demselben in der Gestalt der Justinianeischen Compilation (unter Voraussetzung nothwendiger Beschränkungen) als Ganzem [3]) eine unmittelbar verbindliche Kraft beilegte. Diese That war ein Akt des Gewohnheitsrechts [4]). So wie nun das römische Recht einen unberechenbaren Einfluß auf

1) Von den longobardischen Lehnrechtsbüchern später.

2) Vgl. Gerber das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts. 1846. S. 118 flg. Ueber die ersten Spuren des röm. Rechts in Deutschland: Schäffner das röm. R. in Deutschland während des 12. und 13. Jahrh. 1859. S. jetzt auch Stobbe Gesch. der deutschen Rechtsquellen 1. Abth. 1860 S. 609 flg.

3) Dieser Ausdruck kann nicht wohl entbehrt werden, obschon er leicht zu dem Mißverständnisse führen kann, daß damit die Reception des R. R. wie die eines modernen Gesetzbuchs (etwa wie des Code civil) gemeint sei. Er soll mehr das Negative ausdrücken, daß das römische Recht nicht stückweise, d. h. in einzelnen Rechtsinstituten aufgenommen sei, sondern als ein lebendiges Ganze, das die Möglichkeit innerer Veränderung in sich trägt.

4) Eine passende Analogie gewährt die Erhebung der Privatarbeit Eike von Repkow's zum wirklichen Gesetzbuch. Auch diese wurde an-

die Rechtsentwickelung in Deutschland ausgeübt hat, so hat es umgekehrt auch selbst den Einfluß des deutschen Rechtslebens erfahren. Es ist auf der einen Seite erweitert worden, indem man seine Rechtssätze ausdehnte und zur Aufnahme neuer, einheimischer Rechtsverhältnisse fähig machte[5]), auf der anderen Seite beschränkt worden durch Ausscheidung des bloß der abgestorbenen römischen Nation angehörenden Materials, — ein Proceß des Entwickelns, Annehmens und Abstoßens, der keineswegs abgeschlossen ist, sondern alltäglich fortgesetzt wird. So hat es allmählig aufgehört, ein fremdartiger Körper im Organismus des deutschen Rechts zu sein; seine Ideen sind aus ihrer historischen Verbindung erweckt, und befruchtet durch die geistige und sittliche Bildung unserer Zeit von Neuem für Deutschland belebt worden. Dieß geschah vor Allem durch die deutsche Wissenschaft[6]), in ihrem Einflusse auf das Rechtsbewußtsein des Volks und auf die Reichs- und Landesgesetzgebung. Kein geringer Antheil hieran gebührt auch dem canonischen Rechte, welches in ähnlicher Weise wie das römische zum Rechtsgesetze in Deutschland erhoben wurde.

---

fangs nur geschätzt, weil sie dem allgemein gefühlten Bedürfniß befriedigend entgegenkam.

5) Die Frage, ob solche durch einheimisches Gewohnheitsrecht umgebildete römische Rechtssätze und Institute zu dem System des römischen oder deutschen Rechts gezählt werden müssen, läßt sich ebenso wenig im Allgemeinen entscheiden, als die entgegengesetzte Frage über den Platz der durch römisches Recht verbildeten deutschrechtlichen Institute.

6) Darin liegt das Charakteristische der deutschen Rechtswissenschaft, wie sie besonders auf Savigny und Puchta ruht, daß sie das römische Recht uns wahrhaft zu eigen gemacht, als deutsches Recht wiedergeboren und in den Fluß unseres Rechtslebens hineingeleitet hat. Bei allen andern Nationen, die das römische Recht benutzen, ist es ein fremdes „Gesetzbuch" geblieben. — Die bedeutendsten Erfolge in dieser

Der Inbegriff dieses so den gegenwärtigen Zuständen angepaßten und mit dem Charakter gemeiner Anwendbarkeit versehenen Rechts bildet den Inhalt des Systems des heutigen römischen Rechts.

Das einheimische Recht.

§. 3.

Als das fremde Recht in Deutschland aufgenommen wurde, fand sich ein reiches Material einheimischen Rechtes vor. Die Rechtsbücher des Mittelalters gewähren schon den Blick in ein Rechtsleben, das anfängt, sich selbst zum Bewußtsein zu kommen, und gestützt auf das durch ununterbrochene Uebung fortgepflanzte und mit den Veränderungen der öffentlichen Zustände gleichmäßig umgebildete Recht des germanischen Zeitalters sich in einer Reihe origineller und consequent durchgeführter Rechtsideen bekundet. Aber doch war es immer noch in seinen Anfängen begriffen; es fehlte ihm die Einheit der Bildung, die auch die reichste Productionskraft bedarf, wenn sie nicht ausarten und verwildern soll; es fehlte ihm noch großentheils jene Vollendung des eigentlich privatrechtlichen Princips, die Anerkennung der freien Möglichkeit individueller Willensbestimmung in Bezug auf die rechtliche Beherrschung der Dinge, da das Privatrecht jener Zeit noch keinen freien Rechtsverkehr, sondern eine in ständischer und genossenschaftlicher Gliederung gebundene Güterwelt zur Voraussetzung hatte. Seine Entwickelung auf eigener Grundlage ist nun auch nicht erreicht worden, da man mit der Reception des fremden Rechts die Vollendung des eignen anticipiren zu können glaubte. Der Irrthum die-

---

Richtung sind von der Arbeit Ihering's (Geist des römischen Rechts, bis jetzt drei Bände 1852—1858) zu erwarten; vgl. auch Ihering in den Jahrbüchern für die Dogmatik, Bd. 1 (1857) S. 1 flg.

ser Vorstellung lag in der Verkennung des Verhältnisses eines Rechts zu der Nationalität des dasselbe erzeugenden Volkes, und in dem Uebersehen des Gegensatzes des wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Zustandes des deutschen Volkes und desjenigen, welcher die Grundlage des aufzunehmenden fremden Rechts war, — dessen Ausgleichung nicht von einer willkürlichen That, sondern nur von einer Jahrhunderte hindurch fortgesetzten Entwickelung zu erwarten war. Zwar hatte sich nun das römische Recht seinem größten Theile nach bald eine entschiedene äußerliche Geltung in der Praxis der Gerichte errungen, aber das deutsche Recht konnte man daneben doch nicht entbehren, da die nicht zu verläugnende Macht einheimischer Rechtszustände seine stete Berücksichtigung forderte. Seiner Selbstständigkeit war es damit freilich beraubt worden; die Kraft der Rechtsbildung erschöpfte sich von da an fast ganz in der langen Arbeit der Aneignung des fremden Rechts, d. h. seiner Verwandlung in deutsches Recht, und die einheimischen Rechtssätze erhielten mit der Aufnahme des römischen Rechtssystems, dem sie äußerlich zugefügt wurden, den Charakter kümmerlicher Fragmente. Erst in neuerer Zeit, nachdem mit der allmähligen Annäherung unserer Verkehrsverhältnisse an die der späteren römischen Welt auch die Gegensätze des deutschen und römischen Rechts ihrer Versöhnung nahe gekommen sind, macht sich wieder ein frischer Trieb selbstständiger Rechtserzeugung geltend, der aber häufig an ältere Sätze und Institute des deutschen Rechtes anknüpft, und die Wissenschaft bemüht sich, diesen in ihrer älteren und neueren Gestalt jene innere Vollendung zu geben, durch welche sie den römischen Rechtsbildungen auch in Bezug auf die Forderungen der juristischen Kunst gleichartig werden [1]).

1) Man muß für die deutsche Rechtswissenschaft, wie für die deutsche Dichtkunst zwei verschiedene Perioden unterscheiden. In beiden Gebie-

§. 4.

Die Quellen des heutigen deutschen Rechts sind größtentheils particulärer Natur. Seit den Rechtsbüchern des Mittelalters hat es aufgehört, sich durch größere allgemeine Urkunden zu offenbaren; denn die Reichsgesetzgebung bezog sich nur in einigen seltenen Fällen auf das Privatrecht, und gemeine Gewohnheitsrechte lassen sich nur vereinzelt nachweisen. Jene Particularrechte, die sich von Tage zu Tage vermehren, sind aber zum größeren Theile nicht Producte der Willkür, sondern wirkliche Erzeugnisse des deutschen Volksgeistes, die sich von dem Rechte der mittelalterlichen Rechtsbücher aus in ziemlich gleichmäßigen Entwickelungsstufen bis zu ihrer heutigen Gestalt fortbewegen. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß sie sich unter einander durch Verschiedenheiten in einer großen Menge einzelner Bestimmungen scheiden, aber diese Abweichungen lassen die Gemeinschaft der obersten Principien und des Ursprungs ebenso wenig verschwinden, als die verschiedenen Dialekte die Einheit der Sprache.

Man könnte nun meinen, daß dem wissenschaftlichen Bedürfniß durch unabhängige Bearbeitungen dieser Particularrechte genügt würde. Dem steht aber entgegen, theils daß es unmöglich ist, ein einzelnes Particularrecht aus sich allein vollständig zu erklären und zu construiren, weil es dann die

---

ten erhebt sich der deutsche Geist zunächst im 13. Jahrhunderte zu selbstständigen und reichen Schöpfungen. Die spätere Zeit verliert aber bald selbst das Verständniß dieser Erhebung und verdingt sich der Macht fremder Nationalität. Daraus entsteht dann eine neue Grundlage, von jener innig=nationalen des 13. Jahrhunderts unendlich verschieden. Auf der Basis europäischer Kultur ruht die zweite Erhebung des deutschen Geistes in Poesie und Recht, die er sich in individueller Kraft zu eigen macht. Es ist nothwendig, daß man dieß immer im Auge behält, um die Stellung des alten deutschen Rechts zur heutigen Rechtswissenschaft richtig würdigen zu können.

nothwendige Beleuchtung entbehren würde, die es aus der wissenschaftlichen Anknüpfung an den nationalen Grund seines Ursprungs empfängt; theils daß dann dem Rechte des deutschen Volks die wissenschaftliche Anerkennung versagt würde, auf welche es als die That eines eigenthümlichen Volksgeistes einen entschiedenen Anspruch hat. Und wirklich ist man nun seit länger als einem Jahrhunderte gewohnt, dem deutschen Rechte diese wissenschaftliche Stellung zu gewähren.

Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 5.

Trotz der Anerkennung dieser Nothwendigkeit hat man sich aber bis auf die neuste Zeit noch nicht über die Mittel und das Princip der Behandlung des gemeinen deutschen Privatrechts vereinigen können [1]).

In den ersten Versuchen der Begründung eines Systems des deutschen Privatrechts von Georg Beyer bis auf Pütter wird die oben aufgestellte Frage eigentlich gar nicht berührt. Man fühlte das Bedürfniß der selbstständigen Behandlung dieses Rechtsstoffs, ohne sich über das Ziel klar zu werden, und begnügte sich mit einer alles inneren Zusammenhangs entbehrenden, ungeschichtlichen Sammlung von Antiquitäten und bunt durch einander gewürfelten auf das einheimische Recht Bezug habenden Rechtssätzen. Erst seit Pütter versuchte man, die oben aufgestellte Frage durch ein gründlicheres Eingehen auf die dabei vorkommenden Schwierigkeiten zu lösen, und glaubte namentlich in folgenden verschiedenen Ansichten den Ausweg gefunden zu haben. Die Einen behaupten die unmittelbare gemeine Anwendbarkeit des deutschen Pri-

1) Eine ausführliche Dogmengeschichte siehe in Gerber's wissenschaftl. Princip S. 15—108.

vatrechts, weichen aber von einander in der Begründung wieder ab, indem sie entweder den alten Volksrechten, Capitularien und mittelalterlichen Rechtsbüchern noch immer eine wirkliche Gesetzeskraft zuschreiben[2]), oder aus einer Uebereinstimmung neuerer Statute und Particularrechte unmittelbar anwendbare Rechtssätze finden zu können vermeinen[3]). Andere dagegen wollen nur ein theoretisches gemeines Recht, das aber zur Erklärung oder zur Ergänzung der Particularrechte gebraucht werden könne[4]).

Der Streit dauert aber noch in der Gegenwart fort. Während Runde ein unmittelbar anwendbares gemeines deutsches Recht auf das stützen zu können glaubte, was man Natur der Sache zu nennen pflegt[5]), legte Eichhorn[6]) das

---

2) So Heineccius Elementa juris Germanici II Vol. (1736. 1737), Engau Elementa jur. Germ. (1737), Senckenberg Anfangsgründe der alten, mittleren und neuen teutschen gemeinen Rechtsgelehrsamkeit (1737) und derselbe in seinen Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauch des uralten deutschen Rechts u. s. w. (1759) u. A. m.

3) Z. B. Selchow Elementa jur. Germ. priv. hodierni ex ipsis fontibus deducta (1757). Mylius de genuino conceptu juris Germanici universal. hodiern. privati civil. (1752).

4) Pütter Elementa jur. Germ. hodierni (1748), Rudloff commentatio de jure Germ. justa methodo tractando (1767), Tafinger über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des teutschen Privatrechts und der Grundsätze dasselbe zu bearbeiten 1. Theil (1787) u. A. m.

5) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (1791). Dagegen Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft 1. Stück S. 53 flg. (1792), dessen Ausführungen jedoch durchaus flach und ungenügend sind. — Nachdem man längst den alten naturrechtlichen Standpunkt Runde's überwunden glaubte, wie er sich in dem Princip der Natur der Sache kund giebt, hat in neuerer Zeit Reyscher (Zeitschrift für deutsches Recht, 1. Band S. 12 flg. und 10. Band 153 flg.) wieder den Rückweg zu ihm eingeschlagen. Darin liegt ein Verkennen des gegenwärtigen Standpunkts und Bedürfnisses der Wissenschaft, in der ein Fortschritt nur auf der Grundlage der Eichhorn'schen Ansicht gedacht werden kann.

6) Eichhorn über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts in

ganze Gewicht auf den Umstand, daß die neueren Particularrechte noch immer einen guten Theil des ehemals gemeinen Rechts des Mittelalters erhalten hätten, welcher auch in dieser Erscheinungsform seine ursprüngliche Bedeutung bewahre. Noch Andere legten endlich in die Hand der juristischen Schriftsteller die Macht zur Ertheilung gesetzlicher Auctorität, und lösten so auf gewaltsame Weise das bestrittene Problem[7]).

Auch hat es nicht an Solchen gefehlt, welche keiner dieser Richtungen allein angehören wollten, und in einer vermittelnden Ansicht das Heil suchten[8]). Die Schwierigkeiten dieser Frage haben endlich Manche dazu gedrängt, ihr Unvermögen zur Lösung derselben in der Form einer Abläugnung der Existenz eines gemeinen deutschen Privatrechts überhaupt auszusprechen.

§. 6.

Das Irrthümliche dieser Vorstellungsweisen liegt in dem Umstande, daß sie alle von dem Gedanken ausgehen, der ein-

---

der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 124 flg. (1815). Nach ihm Weiße, Türk, Phillips u. A.

7) So Maurenbrecher Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts 1. Band (2. Aufl. 1840) §. 28—42. — Ebensowenig befriedigt die Ausführung von Weiske in seinen praktischen Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechts 3. Heft. 1847. S. 29.

8) So Mittermaier in den verschiedenen Auflagen seiner Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Bei Beseler System des deutschen Pr.-R. §. 4 findet sich statt einer wissenschaftlichen Begründung eine Reihe unbewiesener Behauptungen. Thöl (Einleitung in das deutsche Privatr. 1851. §. 86) beantwortet nicht die obige Frage über den juristischen Charakter dieses Systems als Ganzen, sondern nur die über die rechtliche Natur seiner einzelnen Elemente als einzelner. Walter (deutsches Pr.-R. S. 8) entscheidet die Frage damit, daß er sagt, das deutsche Recht müsse dem Richter in Ermangelung positiver Bestimmungen „an die Hand gehen"!? — Eine neue Schrift ist: Rückert der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts 1857. Es schlagen hierher auch die

zig mögliche Zweck der systematischen Darstellung eines Rechts bestehe in der Zubereitung eines zur unmittelbaren Anwendung geschickten Materials. Dieser Zweck ist nun freilich bei der Natur unserer Rechtsquellen unerreichbar, da nur für den geringsten Theil eine allgemein verbindende Sanction, für die meisten nur eine rein particularrechtliche Anerkennung besteht. Aber es giebt noch ein anderes Ziel für eine solche Darstellung, das nicht minder bedeutend ist als jenes, dessen alleinige Zulässigkeit jedoch nicht darauf gestützt werden darf, weil jedes andere unmöglich sei, sondern darauf, daß es unter jeder Voraussetzung in sich selbst die volle Rechtfertigung erhält [1]).

Es kann ein Unterschied obwalten zwischen dem Rechte eines Staats und dem Rechte seines Volks. Dieß ist dann der Fall, wenn wie in Deutschland die Gesammtheit der Stammesgenossen nicht zugleich äußerlich durch eine gemeinsame Regierung repräsentirt, sondern durch die Verschiedenheit der obrigkeitlichen Gewalten in Einzelstaaten geschieden wird. Findet sich dann, daß die Individualität des Volks trotz der staatlichen Zerstückelung noch in ihrem unmittelbaren Einfluß auf das Recht wirksam ist, so entsteht für die wissenschaftliche Betrachtung neben den Rechten der einzelnen Staaten noch ein anderes Object, welches das von staatlicher Einwirkung unabhängige Product des Volks ist. Die Auctorität dieses letzteren ist eine rein materielle, während der Charakter der erstern zunächst ein formeller ist, ebenso wie die formelle Trennung der deutschen Staaten die materielle Einheit des Volkes nicht zerbricht. Die Geschichte des deutschen Privatrechts zeigt nun eine ununterbrochene Reihe organisch verbundener Entwickelungsmomente des Rechts als unmittelbaren Ausfluß des seine

Untersuchungen von Pfeiffer das gemeine deutsche Strafrecht der Gegenwart (1. Bd. 1858); vgl. namentl. S. 347 flg.

1) Vgl. Gerber das wissenschaftliche Princip S. 237 flg.

politischen und socialen Perioden durchlaufenden deutschen Volksgeistes, für den die Mehrheit der deutschen Staaten auch in dieser Hinsicht nicht eine Zerstörung, sondern nur eine eigenthümliche Form seiner Erscheinung giebt; und so wie es nicht nur möglich, sondern auch wissenschaftlich nothwendig ist, dieser Bethätigung des deutschen Volks in der Vergangenheit ihre Anerkennung in der Rechtswissenschaft zu gewähren, so hat auch die letzte That eben dieses Volksgeistes auf dem Gebiete des Rechts, das heutige Recht des deutschen Volks, ihren Anspruch auf wissenschaftliche Behandlung [2]). Nicht bloß die Rechtsgeschichte liefert den Beweis von dem Vorhandensein einer Rechtsentwickelung in Deutschland, deren Einheit nicht auf der zufälligen Uebereinstimmung particulärer Schöpfungen, sondern auf ihrem Ursprunge aus dem einen deutschen Volksgeiste beruht, sondern es zeigt uns auch die Gegenwart, sie werde nun als Abschluß der Geschichte oder als der Keim einer neuen Evolution des Rechtes aufgefaßt, trotz der im Einzelnen stattfindenden Verschiedenheit der Particularrechte eine große Summe von Rechtsprincipien, deren Entstehung ausschließlich dem productiven Rechtsgefühl des deutschen Volks zugeschrieben werden muß [3]).

---

2) Man unterscheide wohl den juristischen Gesichtspunkt von dem volkswirthschaftlichen. Wäre der letztere hier maßgebend, so würde man nicht sagen können, daß alle hier dargestellten Institute den Typus der heutigen Zeit an sich trügen, da sie in dieser Hinsicht sehr verschiedenen Kulturperioden angehören (man denke an die Reallasten neben den Papieren au porteur). Aber im Rechte conservirt sich Vieles, was die Principien der Nationalökonomie längst fallen ließen. Ueberhaupt wäre es völlig unrichtig, wenn man die Volkswirthschaftslehre als den alleinigen Maßstab zur Werthschätzung der Institute des Privatrechts ansehen wollte. Die ökonomische Beurtheilung ist ein und zwar ein sehr wichtiger Faktor, aber keineswegs der einzige.

3) Das Verhältniß dieses Rechts zu den Particularrechten ist einfach dieses, daß letztere die Stoffe der erstern in mehr oder weniger willkürli-

§. 7.

Faßt man die Wissenschaft des gemeinen deutschen Privatrechts mit diesem Principe auf, so bedarf es für sie keiner weiteren Rechtfertigung durch Aufstellung eines äußeren, durch sie zu erreichenden Zwecks. Das Recht eines Volks ist ebenso wie seine Literatur schon an und für sich ein die wissenschaftliche Berücksichtigung in Anspruch nehmender Gegenstand. Allerdings wird in der Regel die Darstellung eines Rechts in imperativer Form, d. h. mit vorzugsweiser Rücksicht auf seine Anwendung geschehen, aber in dieser Beziehung liegt keineswegs der allein denkbare Gehalt eines Rechtssystems (vgl. Not. 3 a. E.). Damit soll jedoch freilich nicht geläugnet werden, daß die Darstellung des deutschen Privatrechts in obigem

---

cher Form zur unmittelbaren Anwendung bringen. Eine bloße Darstellung aller Particularrechte würde kein Recht des deutschen Volks geben, weil einerseits das letztere nicht vollständig in jene erstern aufgenommen ist, andererseits die Particularrechte Stoffe enthalten, welche von der Einwirkung des deutschen Volksgeistes ganz unabhängig sind. — Bei diesem Ziel, welches sich die Wissenschaft des heut. gem. deutschen Pr.-Rechts gemäß der Beschaffenheit des Rechtszustands in Deutschland zu stellen genöthigt ist, muß freilich die Darstellung gewisse Mängel und Unvollkommenheiten an sich tragen, deren Vermeidung nach der Natur der Sache nicht möglich ist. Ihre Sätze werden häufig etwas Schwankendes und Hypothetisches haben, und die Entwickelung sich oft auf die Construirung allgemeiner Principien beschränken müssen, da es sich regelmäßig um die zusammenfassende Darstellung der in einer Vielheit von Gesetzen ausgesprochenen leitenden Ideen handelt. Ganz anders kann derjenige verfahren, der sich die Aufgabe stellt, ein bestimmtes einzelnes Particularrecht darzustellen; er kann und muß überall bestimmte Sätze suchen und bis in das kleinste Detail entwickeln, welche nicht bloß wahrscheinlich, sondern wirklich und ausschließlich zur Anwendung zu bringen sind. Es würde aber ebenso undankbar als unverständig sein, wenn Jemand wegen dieser günstigeren Lage des Darstellers eines Particularrechts die Berechtigung eines gemeinen deutschen Pr.-Rechts in Frage stellen wollte, dem die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Behandlung des Particularrechts doch erst verdankt wird.

Sinne auch große äußere Vortheile gewährt, sowie jede für sich bestehende Wissenschaft außer ihrem Selbstzweck noch andere Erfolge hervorbringt, sobald sie mit dem Leben in Verbindung gesetzt wird [1]).

Seit dem gemeinen Rechte des Mittelalters ist das einheimische Privatrecht fast ausschließlich durch particuläre Organe fortgebildet worden, die aber alle in dem innigsten Zusammenhange stehen, da sie lediglich der locale Ausdruck für die einheitlichen Bewegungen des allgemeinen deutschen Rechtsbewußtseins sind [2]). Selbst wenn sie nun auch weniger unvollständig wären, als es bei den meisten der Fall ist, so würden sie immer als Producte der Willkür und unverständlich erscheinen, wenn man sie nicht an die Geschichte der allgemeinen Rechtsentwickelung des deutschen Volks anknüpfte, von welcher sie nur eine einzelne unselbstständige Wirkung sind. Kein einzelner Staat Deutschlands hat in sich allein die Wurzeln seines Privatrechts, sie ruhen in dem allgemeinen deutschen Rechtsboden. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechts ist deshalb das einzige und unentbehrliche Erklärungsmittel der Particularrechte; sie giebt für seine oft nur andeutenden Aussprüche und fragmentarischen Bestimmungen die leitenden Gedanken und belebenden Principien. Von einer eigentlichen Ergänzung aus diesem Fond kann dagegen ohne besondere Voraussetzungen nicht die Rede sein, da dem Inhalte dieser Wissenschaft die formelle Sanction abgeht [3]). Dieß ist ja nur der aus den formell gültigen Rechts-

1) In Bezug auf die Beschränkung der praktischen Bedeutung des deutschen Privatrechts findet sich Aehnliches bei Falck juristische Encyclopädie §. 124 Not. 69. Daß aber mit dem, was Falck bemerkt, keine Lösung der obigen wissenschaftlichen Frage gegeben ist, kann nur bei sehr oberflächlicher Betrachtung übersehen werden.

2) Vgl. Gerber a. a. O. S. 158 flg.

3) Dieß ist der bestrittenste Punkt der ganzen Lehre; man setzt na-

quellen wieder rückwärts gewonnene Rohstoff, der ohne Rücksicht auf unmittelbare Anwendung wissenschaftlich behandelt und

---

mentlich zwei Gründe entgegen: 1) man sagt, die Particularrechte sind unvollständig und bedürfen der Ergänzung; woher aber soll diese genommen werden? Zunächst ist darauf zu erwidern, daß die Mangelhaftigkeit der Particularrechte, also das Bedürfniß, kein Grund zur Rechtfertigung einer in sich nicht haltbaren Theorie sein kann. Dann ist es gar nicht wahr, daß die Particularrechte in diesem Sinne mangelhaft sind; freilich darf man unter diesem Namen nicht bloß an die allerdings höchst unvollkommenen Aufzeichnungen und Gesetzgebungen denken, sondern an die Producte aller Factoren der Rechtserzeugung insgesammt. Wollte man sich nur die Mühe geben, auch für das kleinste Land alles in Uebung befindliche Recht aufzusuchen und zu fixiren, so würde man sich davon überzeugen, daß sich für jeden behaupteten Rechtssatz selbst innerhalb der engsten Gränzen die Gründe für dessen Annahme oder Verwerfung auffinden lassen (man unternehme nur in allen Staaten Arbeiten wie die Wächter'sche für Würtemberg). Auch wirft man ein (was theilweise mit dem Vorigen zusammenfällt), daß für viele Institute das Particularrecht gar keine Motive enthalte, z. B. für die Lehre von den Erbverträgen. Auch dieß beruht auf Täuschung; denn es wird sich bei genauerer Betrachtung ergeben, daß bei der Anwendung solcher Institute zunächst zu prüfen ist, ob sie in dem Gewohnheitsrechte oder Gesetz des fraglichen Landes begründet sind, daß also die Gründe der Anwendung allein in dem Particularrechte liegen; daß aber die wissenschaftliche Ausbildung eines solchen Instituts nicht im Dienste eines bestimmten Particularrechts, sondern des gemeinen deutschen Privatrechts geschehen ist, ändert an der Sachlage nichts, denn die Anwendung eines so ausgebildeten Instituts wird, genau genommen, doch erst wieder durch das Resultat der Voruntersuchung bedingt, ob alle einzelnen Theile desselben in dem Rechte des bestimmten fraglichen Landes begründet sind und hier zur Geltung kommen können, und es beweist nichts gegen die ausgesprochene Ansicht, daß man aus Ungenauigkeit allerdings gewohnt ist, solche Untersuchungen zu unterlassen und die Vertretung der Particularrechte den in einem ganz fremden Gebiete thätigen Arbeitern zu übergeben. (In der Sache übereinstimmend ist Wächter Handb. des würtemb. Priv.-R. Bd. 1 S. 1082.) 2) Man wirft ein, daß das gemeine deutsche Privatrecht doch auch wirkliche Stoffe von gemeinrechtlicher Sanction enthalte. Allerdings! Aber die Wissenschaft faßt diese nicht so auf, daß sie bei ihnen ausnahmsweise ihr Princip unterbräche, sondern sie übersieht diese Zufälligkeit, unterstellt sie ihrem eigentlichen oben entwickelten

mit der Absicht entwickelt wird, daß dadurch der eigentliche Antheil des deutschen Volks am Rechte herausgestellt werde.

Zu diesem Nutzen tritt ein anderer, nicht minder bedeutender. Die wissenschaftliche Bearbeitung des gemeinen deutschen Rechts bringt die Errungenschaft des deutschen Volks auf diesem Gebiete erst zum lebendigen Bewußtsein und zeichnet

---

Gesichtspunkte und überläßt es der Bearbeitung der Particularrechte, sie zum Zwecke der Rechtsanwendung unverändert zu benutzen. Dieß gilt namentlich vom longobardischen Lehnrechte, und jetzt auch vom Handels- und Wechselrechte.

Obiger Theorie ist jetzt auch (Beseler System d. d. Pr.-R. §. 9 Not. 6) der Einwand entgegengestellt worden, das ein Recht, welches keine Anwendbarkeit habe, kein Recht sei. Diesen Einwand könnte man der Pütter'schen Theorie entgegensetzen, der ein Recht der Bücher von einem Rechte des Lebens zu unterscheiden schien; an dieser Stelle beruht er lediglich auf einem Irrthum ihres Urhebers. Der Inhalt des deutschen Privatrechts ist vollkommen anwendbar, nämlich in der Form des Particularrechts; nur tritt die Rücksicht auf die unmittelbare Anwendbarkeit bei der Darstellung desselben im System des deutschen Privatrechts zurück, weil dessen Aufgabe nicht ist, das geltende Recht eines Staats darzustellen, sondern dieses geltende Recht aller Staaten eines Volks aus dem rein praktischen auf das Gebiet zu verlegen, in welchem es nur von der Seite seines Zusammenhangs mit der Volksindividualität, nicht von der seiner unmittelbaren praktischen Wirksamkeit angeschaut wird. Es wird demnach nicht ein Recht ohne Anwendbarkeit, sondern ein an sich anwendbares Recht ohne imperative Form, und von einem Standpunkte aus dargestellt, auf welchem jene Eigenschaft hinter einer andern Rücksicht zurücktritt. Daß überhaupt eine Nothwendigkeit vorhanden ist, diese Gesichtspunkte zu trennen, ist allerdings eine Abnormität, welche aber in den öffentlichen Verhältnissen Deutschlands begründet ist. Daß aber die Möglichkeit vorhanden sei, ein Rechtssystem auch nach einer anderen Rücksicht als der der Rechtsanwendung (z. B. in Beziehung auf die ethische, nationale, ökonomische, politische Seite des Rechts) darzustellen, kann keinem Zweifel unterliegen. — Der Einwand, den Walter (deutsches Pr.-R. §. 18) macht, meine Auffassung sei „zu theoretisch und zu abstrakt", beruht wohl ebenso wenig auf einem bestimmten Gedanken, als die überaus seltsame Expectoration desselben Schriftstellers zur Note 3 des §. 18 und Note 1 des §. 35 seines angeführten Buchs.

dadurch, daß sie sowohl die Lücken des bisherigen Rechts aufdeckt, als auch sofort sich in jedem Fall der neu entwickelten Rechtsbildung bemächtigt, dem Volk und seinen Gesetzgebern den sichersten Weg zur Fortbildung des Rechts vor.

II. Grundsätze über die Ausführung dieses Princips.

§. 8.

Die Aufgabe ist aber nur die, das gegenwärtig in Deutschland herrschende Recht darzustellen; es ist also das Geschichtliche vom Dogmatischen zu trennen. Die Eigenthümlichkeit des Stoffs setzt hier freilich besondere Schwierigkeiten entgegen; denn während das Recht eines Staats durch die leicht zu unterscheidenden einzelnen Acte seiner Organe mit Sicherheit in den einzelnen Stadien seiner Entwickelung verfolgt werden kann, so verhält sich dieß bei dem Rechte des deutschen Volks in dem obigen Sinne ganz anders. Hier ist es nicht Sache der Interpretation, die Abstufungen des Rechts zu entdecken, sondern vielmehr der Abstraction. Denn das Material zu dieser Erkenntniß wird nicht von einem einheitlichen Organe, sondern durch eine Menge einzelner, formell von einander unabhängiger particulärer Rechtserzeugungen beigesteuert, welche keineswegs immer in gleichmäßiger Richtung vorwärts schreiten. Wollte man nun die neuste, zeitgemäßeste Ausbildung eines Particularrechts ebenso wie das in seiner Entwickelung zurückgehaltene und stagnirende Einzelrecht in die Darstellung des gegenwärtigen Rechts des deutschen Volks aufnehmen, so würde man zwar dem äußerlichen Maßstabe der Vollständigkeit (Statistik) damit Genüge leisten, aber dem oben aufgestellten Principe wenig entsprechen. Dieß fordert vielmehr stets eine besondere, nach dem Grundsatz der Continuität der rechtsgeschichtlichen Entwickelung geleitete Untersuchung der Frage, welche particularrechtliche Erscheinung

die dem gegenwärtigen Standpunkte der deutschen Rechtsüberzeugung entsprechende sei. Das Resultat dieser Untersuchung giebt dann das Material dieses Systems. Dabei liegt es freilich in der Natur dieser Thätigkeit, daß ein öfterer Rückblick in die Rechtsgeschichte den Punkt der Vergleichung gewähren muß; denn es handelt sich ja um die Darstellung eines beweglichen und in fortdauernder Entwickelung begriffenen Stoffs, die Bewegung aber läßt sich nicht an einem einzelnen Punkte (an einem Querdurchschnitt des Flusses), sondern nur in einem größeren Raume erkennen [1]).

§. 9.

In ähnlicher Weise läßt sich auch die Frage über die Art der Quellenbenutzung beantworten. Die eigentliche innerste Rechtsüberzeugung eines Volks erkennt man nicht aus dem Buchstaben eines willkürlichen einzelnen Gesetzes, sondern aus der Gesammtprüfung aller Aeußerungen seines bestimmten Rechtslebens. Auch dem gemeinen deutschen Rechte kann seinem Principe nach kein einzelnes Rechtsbuch oder irgend eine formelle Rechtsquelle als solche zu Grunde liegen, weil diese nur als Zeugnisse eines darüber stehenden Rechtsbewußtseins gelten, dessen Gewinnung hier allein in Frage kommt. Seit dem gemeinen deutschen Rechte des Mittelalters schreiten die Particularrechte zwar mehr und mehr aus einander, aber doch ist in allen nicht allein noch immer ein guter Theil jenes

1) Wenn durch diese Bemerkungen die Nothwendigkeit einzelner rechtshistorischer Einleitungen auch bei einem rein dogmatischen Werke anerkannt wird, so wird durch dieselben doch zugleich auch der früher so häufigen Gewohnheit entgegengetreten, ohne alle Frage nach der inneren Nothwendigkeit und dem inneren Zusammenhange jedem dogmatischen Paragraphen eine Last antiquarischen Materiales mitzugeben. Die Gefahr, sonst für einen Gegner der historischen Methode erklärt zu werden, ist kaum mehr zu befürchten.

mittelalterlichen Grundstoffs bewahrt worden, sondern es lassen sich auch die Stufen ihrer weiteren Entwickelung auf die Einwirkung allgemeiner deutscher Rechtsideen zurückführen. Die Aufgabe besteht nun darin, daß man entweder vom Rechte des Mittelalters oder von der spätern Zeit an, in der die Wurzeln eines Rechtssatzes ihren ersten Ausgangspunkt haben, die Untersuchung über den durch Thatsachen politischer oder volkswirthschaftlicher Art veranlaßten Ursprung eines einzelnen Instituts beginnen läßt; demnächst sind die späteren Schicksale und Entwickelungsstadien in's Auge zu fassen, und das Institut ist durch alle Phasen seiner Ausbildung bis auf die Gegenwart zu verfolgen. Daraus ergiebt sich, daß alle, sowohl die veralteten als die noch geltenden und neusten, sowohl die allgemeinen als die particulärsten Rechtsquellen zur Gewinnung des Endresultats benutzt werden müssen; denn auch die kleinste und mit der beschränktesten Wirksamkeit beliehene Rechtsquelle kann ein Zeugniß der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volkes sein. Das particularrechtliche Detail ist demnach bei dieser Untersuchung weniger an sich von Bedeutung, als in so fern es mit jenem Ziele in irgend einer Verbindung steht[1]). Der Germanist hat daher aus der reichsten Fülle des Materials zu abstrahiren und den Reingehalt zu ermitteln.

§. 10.

Die gewonnenen Resultate können aber nicht als bloße Begriffe und Ideen ausgesprochen werden, sie bedürfen einer wissenschaftlichen, juristischen Form. Diese ist in einem engeren

1) Nach diesem Gesichtspunkte, aber auch nur nach diesem verdienen auch die ausländischen Rechte germanischen Ursprungs eine vergleichende Berücksichtigung. — Wenn im Texte die Methode der Eruirung deutschrechtlicher Institute aus der Geschichte aufgestellt wird, so ist damit freilich nicht gesagt, daß diese Untersuchung stets vor den Augen des Lesers zu Wege gebracht werden solle; dieß ist nur dann der Fall, wenn sie die

und einem weiteren Sinne zu erzielen. 1) Die auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß bezüglichen Rechtsideen müssen in einem Institute vereinigt werden, das nach dem in ihm liegenden Principe construirt und in seinen Wirkungen dargestellt wird. Auf diese Weise erhalten die durch Abstraction gewonnenen Materialien eine bestimmte Gestalt, welche sie zu den oben bezeichneten Zwecken brauchbar macht. 2) Alle diese einzelnen Institute müssen wieder zu einer systematischen Einheit verbunden werden. Das Princip dieses Systems kann jedoch nicht in dem Wesen des von der Einwirkung des fremden Rechts noch unberührten mittelalterlichen Rechtes gesucht werden; sein Ideenkreis ist unserer Zeit fremd geworden, und die Romantik in der Wissenschaft wird sich fruchtlos an seiner Verjüngung versuchen. Auch können nicht die organischen Verbindungen der Personen in Standes- und Berufsgemeinschaften maßgebend sein; denn die systematische Einheit des Privatrechts beruht auf eigenen specifisch juristischen Principien, und nicht auf Gesichtspunkten, welche, so bedeutend sie auch an sich sein mögen, doch nur der historischen oder social-politischen Anschauung der Verhältnisse angehören. Die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Privatrechts in Bezug auf die systematische Anordnung kann jetzt keine andere sein, als diejenige, welche sich aus der allgemeinen Betrachtung der Natur der Privatrechte ergiebt und auf das römische Recht schon längst angewandt worden ist. Sie enthält die allein richtige Darstellung der Grundbestandtheile des Rechts, und ihr hat sich das gesammte Rechtsleben in Deutschland seit der Aufnahme des römischen Rechts angeschlossen. Ihr müssen sich die Rechtsverhältnisse in ihrer nur thatsächlichen Erscheinung unterordnen, und die angeblich daraus hervorgehende „Zer-

---

Unterstützung eines besondern Resultats gewähren soll, dem es vielleicht bisher an Anerkennung gebrach.

stückelung" derselben ist nur ihre Beherrschung nach eigentlich juristischen Gesichtspunkten [1]).

Freilich ist dieses System des deutschen Privatrechts kein vollständiges, indem nicht das ganze in Deutschland zur Anwendung kommende Recht, sondern nur das auf deutschem Boden erwachsene darin behandelt wird. Eine Gesammtdarstellung sowohl des einheimischen als auch des fremden Rechts läßt sich heutzutage nur erst für die Behandlung der Particularrechte rechtfertigen, in denen beiden Elementen eine gleiche juristische Kraft zukommt [2]). Es würde die Wissenschaft durch eine solche Vereinigung des gegenwärtig noch so ungleichartigen gemeinrechtlichen Materials und durch eine Abtrennung desselben von seiner besonderen Literatur und Geschichte den Weg zurückgeführt werden, den seit fast einem Jahrhundert verlassen zu haben als ein Verdienst der neueren Zeit betrachtet werden muß.

---

1) Ich habe mich über die leitenden Gedanken des Systems in der ersten Vorrede erklärt. Ich halte diese nach wiederholter Prüfung für die allein einer höheren Wissenschaftlichkeit entsprechenden, und unterlasse es deshalb, auf die polemischen Bemerkungen Walter's System des d. Pr.-R. §. 21 näher einzugehen, da ihnen, wie mir scheint, eine tiefere Begründung abgeht. Ein Haupttheil ist diesem Schriftsteller „die Theorie der Rechtsquellen, wodurch die Rechtsverhältnisse geschaffen oder anerkannt werden" —!—.

2) Diese Darstellung der Particularrechte läßt sich nicht nur rechtfertigen, sondern sie ist auch das einzige Mittel, den Rechtszustand in Deutschland zu verbessern und auf feste Grundlagen zurückzuführen. Das Muster einer solchen Arbeit ist Wächter's Handbuch des würtembergischen Privatrechts. Erst dann, wenn die Rechtswissenschaft eine geraume Zeit in dem Sinne fortgeführt worden ist, welchen Ihering in der ersten Abhandlung des ersten Bandes der Jahrbücher von Gerber und Ihering (1857) bezeichnet, wird auch eine Vereinigung des deutschen und römischen Rechts für die Wissenschaft des gemeinen Rechts an der Zeit sein.

Zweites Capitel.

Quellen und Hülfsmittel zur Erkenntniß des deutschen Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Die Quellen.

I. Aelteste (germanische) Zeit [1]).

1) Volksrechte [2]).

§. 11.

Die ältesten Rechtsdenkmale in Deutschland sind die von den germanischen Volksstämmen bald nach der großen Völkerwanderung aufgezeichneten Volksrechte [3]). Zwar sind sie

---

1) Capitularia regum Francorum, additae sunt Marculfi monachi aliorumque formulae veteres, collegit St. Baluzius. 2 Tom. Paris. 1677. fol. und cura P. de Chiniac Tom. 1. Paris. 1780, Tom. 2. Basil. 1796. Barbarorum leges antiquae cum notis et glossariis collegit I. P. Canciani. Venet. 1781—92. 5 Voll. f. Corpus juris Germanici antiqui consil. I. G. Heineccii adornavit P. Georgisch. Hal. 1738. 4. Corpus juris Germanici antiqui ed. F. Walter. 3 Tom. Berol. 1824. 8.

2) I. Sichardi legg. Riboarior. Bajuvarior. item Allemannor. Basil. 1530. 8. I. Tilii Aurei venerandaeque antiquit. libelli leg. Sal. continens. Item leges Burgund. etc. Paris. 1573. 8. (Dasselbe Buch kommt auch s. l. et a. in 8. unter einem längeren Titel vor.) Heroldi originum ac Germanicarum antiquitatum libri, leges videlicet etc. Bas. 1557. fol. Fr. Lindenbrogii Codex legum antiquarum, in quo continentur leges etc. Francof. 1613. f. Eine vergleichende Zusammenstellung der Ergebnisse der Volksrechte enthält Davoud Oghlou histoire de la législation des anciens Germains. Berlin 1845. 2 Tom. Eine neue Ausgabe bereitet Pertz für die Monum. hist. germ. vor (bis jetzt nur die L. Alamannor. v. Merkel erschienen). — Die reiche Literatur der Geschichte und Texteskritik der Leg. Barbarorum s. bei Gengler Grundriß der deutsch. Rechtsgeschichte S. 106—208.

3) Es ist hier nicht der Ort, auf die Geschichte derselben näher einzugehen. Die neuste und ausführlichste Darstellung giebt Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Erste Abth. 1860.

größtentheils frei von der Einwirkung fremden, namentlich römischen Rechtes, aber ihr Inhalt bezieht sich meistens auf andere Rechtsgebiete als auf das Privatrecht, für das sie nur vereinzelte Bestimmungen geben. Wichtiger noch als diese ist für das Privatrecht die Auffassung ihres eigenthümlichen Geistes, wie er sich in den bei allen in gleicher Weise hervortretenden Grundprincipien des Rechts ausspricht; die Betrachtung der letztern und die Vergleichung mit den Rechtssätzen, die in den Rechtsbüchern des späteren Mittelalters dargestellt werden, beleuchtet sehr oft den dunkeln Gang und Zusammenhang der Ausbildung einer Rechtsidee im Bewußtsein des deutschen Volks. Diese s. g. Volksrechte (leges Barbarorum) sind folgende:

1) Die Lex Salica[4]), Gesetz der salischen Franken, aufgezeichnet noch vor den großen Unternehmungen der Franken unter Chlodwig[5]); der Text ist im Laufe der Zeit vielfach verändert (eine Reinigung dieses schon veränderten Textes ist die unter Karl d. Gr. abgefaßte lex sal. emendata), und hat später eine wahrscheinlich deutsche Glosse erhalten, welche wegen des stets wiederholten Zusatzes malb. (Malberg, Gerichtsstätte) malbergische Glosse genannt wird[6]).

4) Die besten Ausgaben sind: Loi salique ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de Lex emendata avec des notes et des dissertations par I. M. Pardessus. Par. 1843. 4., und der Text der lex salica als Anhang von G. Waitz das alte Recht der salischen Franken. Kiel 1846. Ferner Lex Salica herausg. v. Merkel (mit einer Vorrede v. J. Grimm) 1850.

5) Ueberzeugend nachgewiesen von Waitz a. a. O. S. 85 flg. Man unterscheidet jetzt vier Texte: den ältesten in 65 Titeln; einen jüngern ebenfalls in 65 Titeln; einen revidirten Text in 99 Titeln; einen Text in 70 Titeln, der in der karolingischen Zeit gebraucht wurde (s. g. lex salica emendata). Hierzu kommen dann noch einige fränkische Königsgesetze. Indessen ist diese Unterscheidung der Texte noch immer eine zweifelhafte Frage. Stobbe a. a. O. S. 41 flg.

6) Ueber die malbergische Glosse s. Leo die malbergische Glosse

2) Lex Ripuaria s. Ripuariorum ist bis zum Titel 31 unabhängig vom Einfluß der Lex Salica zwischen 511—534 entstanden. Von Titel 32 bis T. 56 schöpft das Gesetz hauptsächlich aus der Lex Salica, deren Einwirkung an einzelnen Stellen auch im letzten Theile (von Tit. 57 an) zu beobachten ist; man setzt die Zeit der Entstehung dieser Masse unter Dagobert I. Ein selbstständiges Landrecht galt auch bei dem Stamme der chamavischen Franken [7].

3) Lex Burgundionum (Gundobalda, Loi Gombette), unter König Gundobald gegen Ende des fünften Jahrh. verfaßt, verändert und vermehrt unter Siegmund († 523). (Schon Einfluß römischen Rechts mehr sichtbar [8].)

4) Lex Alamannorum, zuerst um 550 aufgezeichnet, wozu dann eine unter Chlotar II. (613—22) abgefaßte Lex hinzutrat, vermehrt wahrscheinlich unter Dagobert I., erneuert von Herzog Lantfried [9]).

5) Lex Bajuvariorum, vielleicht unter Dagobert mit Benutzung des alamannischen und westgothischen Rechts verab-

---

1. u. 2. Heft, Halle 1842—45, wo der keltische Ursprung derselben behauptet wird. Dagegen aber Grimm Geschichte der deutschen Sprache Bd. 1 S. 548 flg. u. Vorrede zu Merkel's Ausgabe des L. Sal., welcher diese Glosse der deutschen Sprache zurückgiebt. Holtzmann über d. Verh. der Malb Gl. zum Texte der L. Salica. 1852.

7) Früher als ein Capitulare behandelt, später von Pertz für ein Xantener Gaurecht erklärt. Die richtige Ansicht begründet Gaupp in der Schrift: Lex Francorum Chamavorum oder das vermeintliche Xantener Gaurecht 1855. (Dazu: Zöpfl die Ewa Chamavorum 1856.)

8) Die neuste Untersuchung über die Geschichte dieses Gesetzbuchs ist von Bluhme in dem Jahrbuch von Bekker und Muther Bd. 1 (1857) S. 71 flg. Die Abtheilung des Ges., wonach schließlich zwei s. g. Additamenta folgen, rührt erst von Tilius her; sie sind aber in Wahrheit ein ganz gleichartiger Theil des Gesetzbuchs. Früher stützte man hierauf einen Theil der Entstehungsgeschichte.

9) Merkel de republica Alamannor. 1848. §. 7—10 und seine Ausgabe der Lex in Pertz Monum.

faßt, im achten Jahrhundert durch Zusätze verschiedener Art vermehrt[10]).

6) Leges Longobardicae; zuerst die Gesetze von König Rotharis (643); fernere Gesetze von Grimoald (668), Liutprand (713—735), Rachis (744—749) und Aistulf (750 u. 54), und von den fränkischen und deutschen Königen. Gegen Ende des 11. Jahrh. aus der bloß chronologischen in eine systematische Ordnung von 3 Büchern unter dem Namen Lombarda gebracht (vielfach glossirt und in Commentarien bearbeitet; Glosse des Carolus de Tocco aus dem Anf. des 13. Jahrh.[11]).

7) Lex Frisionum, letzte Redaction unter Karl dem Großen (802?)[12]).

8) Lex Saxonum, unter Karl d. Gr.[13]).

9) Lex Angliorum et Werinorum h. e. Thuringorum unter Karl d. Gr. revidirt[14]).

10) Lex Wisigothorum s. forum judicum[15]); zuerst

---

10) S. Roth über Entstehung der Lex Bajuvariorum. 1848. Waitz in den Gött. gelehrt. Anz. 1850 S. 320 flg. Stobbe S. 153 flg.

11) S. über die sehr merkwürdige spätere Geschichte des longob. Rechts und seiner Glosse, namentlich seine Bearbeitung von den Schöffen des Pfalzgerichts zu Pavia und den Anhängern ihrer Schule: Merkel Geschichte des Longobardenrechts. Berlin 1850. Edicta regum Langobardorum edita etc. studio Caroli Baudi a Vesme 1855 (Abdruck des Textes durch Neigebaur 1855). Die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus sind herausgegeben worden von Anschütz 1855.

12) Bester Abdruck bei Richthofen friesische Rechtsquellen 1840. S. XXVII fg.

13) Vgl. Gaupp Recht und Verfassung der alten Sachsen in Verbindung mit einer kritischen Ausg. der lex Sax. 1837. Ausg. von Merkel 1853.

14) Das alte Gesetz der Thüringer u. s. w. von Gaupp 1834. Neue Ausgabe von Merkel. 1851.

15) Fuero Juzgo en Latin y Castellano, cotejado con los mas antiquos y pretiosos Codices por la Real Academia Espanola. Madr.

soll das Recht der Westgothen unter König Eurich (466—483) aufgezeichnet worden sein, umgearbeitet unter Reccared I. (586—601); darauf folgten viele spätere Gesetze, welche unter den Königen Chindaswind und Receswind (642—672) zu einem Ganzen verbunden wurden; eine abermalige Veränderung der Sammlung geschah unter König Egica († 701). Sie enthält viel römisches Recht.

11) Angelsächsische Gesetze vom Ende des 6. bis in das 11. Jahrhundert[16]).

2) Capitularien.

§. 12.

Unter dem Namen Präceptionen, Edicte, Pactionen, Decretionen wurden von den Merowingern Gesetze unter Beirath geistlicher und weltlicher Großen ertheilt. Später erhielten sie von der Form ihrer äußeren Eintheilung den Namen Capitularien[1]), und namentlich ist die Zeit der Carolinger sehr reich an solchen Gesetzen. Da zu ihrer allgemeinen Verbindlichkeit in den meisten Fällen die Anerkennung des Volks erforderlich gewesen wäre[2]), so beschränkt sich ihr Inhalt größtentheils auf die der königlichen Gewalt unbestritten zugetheilten Gerechtsame und greift nur selten

1815. fol. Reste des früheren Gesetzbuchs Reccared's I. erkennt Blume in einem alten Palimpseste der Pariser Bibliothek. Vgl. Blume die westgothische Antiqua oder das Gesetzbuch Reccared des Ersten. 1847. S. aber Merkel Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 12 S. 281 flg., und Gaupp germanistische Abhandl. 1853. S. 27 flg. Ueber das Verfahren der späteren Könige s. Merkel in Savigny's Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter. VII. 44 flg. Helfferich Entstehung und Geschichte des Westgothenrechts. 1858.

16) Die Gesetze der Angelsachsen in der Ursprache mit Uebersetzung und Erläuterungen herausgeg. von R. Schmid. 2. Aufl. 1858.

1) Capitulare hieß überhaupt ein in Capiteln verfaßtes Werk.

2) Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 142. 143 und 149.

in das Gebiet der Volksrechte ein. Die vollständigste Sammlung derselben war die nicht officielle, welche der Abt Ansegisus (827) veranstaltete, und der mainzische Diakon Benedikt Levita (843) fortsetzte. Die erste Sammlung enthält die Capitularien Karl's d. Gr., Ludwig's des Frommen und Lothar's in 4 Büchern und 3 Additiones, wogegen der letzteren neben Capitularien eine bedeutende Zuthat der verschiedenartigsten juristischen Materialien beigefügt worden ist [3]).

3) Formeln.

§. 13.

Manche nicht unwichtige Beiträge zur Erkenntniß des Rechts dieser Zeit liefern auch die Sammlungen von Mustervorschriften, welche in dieser Periode zur Anleitung bei Abfassung gerichtlicher Urkunden veranstaltet wurden [1]). Es liegen den gesammelten Formeln theils wirklich vorgekommene, theils fingirte Rechtsfälle zu Grunde, welche sehr oft nach rein germanischem Rechte beurtheilt werden. Die wichtigste dieser Formelsammlungen ist die von Markulf etwa um 660 in zwei Büchern (chartae regales und chartae pagenses) abgefaßte. Außerdem hat man noch viele andere Formelbücher gefunden, welche heutzutage theils nach dem Namen ihrer Herausgeber, theils des Ortes, für den sie bestimmt oder in dem sie entdeckt wurden, benannt zu werden pflegen [2]).

---

3) Am besten in den Monumenta Germaniae historica ed. G. H. Pertz Tom. III. (oder Legum tom. I. 1835) und Tom. IV. (oder Legum Tom. II. 1837).

1) Vgl. Eichhorn Rechtsgeschichte §. 156.

2) Abgedruckt bei Walter Corp. jur. Germ. Tom. III. pag. 283 — 558, und in demselben Werke unter den leges Longobardorum. Die Formulae Goldastinae siehe bei Goldast's scriptores rer. Alemannicar. Tom. II. Pars I. Die beste Zusammenstellung der bis jetzt herausgegebenen Formeln s. bei Walter Rechtsgesch. §. 161. S. auch Stobbe S. 244 flg.

II. Mittlere Zeit[1]).

1) Quellen des ungeschriebenen Rechts.

a) Urkunden und Schöffensprüche.

§. 14.

Die Lücke, welche zwischen den Quellen der vorigen Periode und dem geschriebenen Rechte und den Rechtsbüchern des späteren Mittelalters stattfindet, wird nur spärlich ausgefüllt durch Urkunden und Urtheile der Gerichte, von denen die erstern zum Theil noch in die Zeit der vollen Blüthe des germanischen Rechts hineinragen. So reich Deutschland auch an Urkunden ist, so sind sie bis jetzt doch noch bei weitem nicht vollständig bekannt gemacht. Man findet sie entweder in Sammlungen, welche sich auf ganz Deutschland beziehen, oder in solchen, welche nur die Geschichte eines einzelnen Landes, Klosters, Stiftes oder einer einzelnen Stadt betreffen[2]).

---

1) Corpus juris Germanici publici ac privati — e bibliotheca Senckenbergiana emissum — curavit G. G. Koenig de Koenigsthal. 2 Tom. 1760—65 fol. — Corpus juris feudalis, d. i. Sammlung derer deutschen Lehnrechte und Gewohnheiten u. s. w. von J. Ch. Lünig. Frankf. 1727. 3 Thle. Fol. — Corpus juris feudalis Germanici, oder vollständige Sammlung derer teutschen gemeinen Lehens-Gesetze — durch G. Ch. Senckenberg. 1740. 2. Ausg. von Eisenhardt. 1772. 8. — Die Geschichte der Rechtsbildung in dieser Periode s. in Eichhorn's Rechtsgeschichte §. 257. 258 und angedeutet in Gerber's wissenschaftlichem Princip S. 109 flg.

2) Hier sind namentlich hervorzuheben die Regesten von Böhmer: I. F. Boehmer Regesta chronol. dipl. regum atque imperator. Romanor. inde a Conr. I usque ad Henric. VII. 1831. 4. und dessen Regesta imperii inde ab anno MCCXLVI usque ad ann. MCCCXIII. 1844. 4. Ferner dessen Regesten von 1314—1347. 1839. 4., und Regesten von 1198—1254. 1847. 4. Unter der außerordentlichen Menge von Urkundensammlungen genügt es, hier namentlich aufzuführen: Meichelbeck historia Frisingensis, Ludewig reliquiae manuscriptorum, Gudenus Codex diplomaticus, Schöpflin Alsatia diplomatica, Monumenta Boica,

Die Schöffensprüche[3]), Weisthümer[4]) und die Urtheile der Oberhöfe[5]) liefern ein höchst bedeutendes Material zur Erkenntniß des Rechts dieser Zeit; gerade in ihnen erkennt man das bildende Element, das nach der Veraltung der germanischen Rechtsquellen dem in Uebung befindlichen Gewohnheitsrechte eine neue und der fortschreitenden Entwickelung des öffentlichen Lebens angemessene Form beilegt. Für die Erkenntniß des heutigen Rechts sind sie von hoher Wichtigkeit, weil sie mit freier schaffender Gewalt den überlieferten Rechtsstoff verarbeiten, und deshalb in ihnen für manche Institute ein noch heute fruchtbares Princip entdeckt werden kann.

Lünig's deutsches Reichsarchiv. Besonders wichtig sind auch die in den Glossarien von Du Fresne und Haltaus und in Pfeffinger's Vitriarius illust. enthaltenen Documente. — Vgl. F. C. Dahlmann Quellenkunde der deutschen Geschichte. 2. Aufl. 1838. S. 18—21.

3) Diese sind namentlich zu finden als Anhänge der Ausg. des Sachsenspiegels von Zobel; vgl. auch Gaupp das alte magdeb. R. S. 166—206 und dessen Schles. Landr. S. 255 flg. Ferner bei Böhme diplomatische Beiträge Bd. 2 Th. 2 S. 90 flg., Bruns' Beiträge zu den deutschen Rechten des Mittelalters S. 178 flg., Spangenberg Beiträge zur Kunde der deutschen Rechtsalterthümer S. 119, Wigand westphäl. Archiv Bd. 7 Heft 1 S. 57 flg., Bd. 4 S. 422 flg., Walch Beiträge zum deutschen R. Bd. 8 S. 257 flg. u. s. w. Sammlung deutscher Rechtsquellen von Wasserschleben 1. Bd. 1860. — Dahin gehören endlich auch die Urtheile der Reichsversammlung und des kaiserlichen Hofgerichts bei Pertz Monum. Germ. hist. T. IV. oder Leg. Tom. I.

4) Weisthümer, gesammelt von Jacob Grimm. 4 Thle. Göttingen 1840—63. 8.

5) Der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtssprüche von Michelsen. Altona 1839. — Der Oberhof zu Frankfurt a. M. und das fränkische Recht in Bezug auf denselben. Ein Nachlaß von J. G. Ch. Thomas, herausg. von L. H. Euler und bevorwortet von J. Grimm. Frankf. 1841.

b) Rechtsbücher[1]).

α) In Deutschland.

§. 15.

Die bei weitem wichtigste Quelle des Rechts dieser Periode sind die unter dem Namen Rechtsbücher bekannten Privataufzeichnungen und Bearbeitungen des damaligen Rechts, deren Mehrzahl wegen ihrer besonderen Brauchbarkeit sogar gesetzliches Ansehen erhielt. Sie sind die vollkommenste Erscheinungsform des deutschen Rechts; denn es war ihre eigenthümliche Aufgabe, das seit dem Verschwinden der geschriebenen Rechte des germanischen Zeitalters allein im Bewußtsein des Volks fortlebende Recht nach dem unsichtbaren Entwickelungsproceß mehrerer Jahrhunderte von neuem zu einem Gesammtbilde zu vereinigen. In ihnen liegt eine seltene Fülle von Rechtsideen, deren organische Entfaltung in der Abstammung der meisten aus germanischen Wurzeln unschwer erkannt wird, sobald man nur die dazwischen liegenden Veränderungen des Volkslebens und damit der Rechtsanschauungen in geeigneter Weise in Anrechnung bringt. Sie sind zu einer Zeit verfaßt, in der die Landeshoheit noch nicht zu dem Punkte vorgeschritten war, in welchem sie die Territorien von einander trennte und in dem Abschluß von Einzelherrschaften isolirte; deshalb enthalten sie auch kein particuläres, sondern vielfach gemeines deutsches Recht, so weit es auf die Gemeinsamkeit der Sitte und der öffentlichen Verhältnisse im deutschen Volke gegründet ist. Sie sind aber zugleich die letzte großartige Gesammterscheinung des deutschen Rechts, indem sie noch rein

---

1) Ihre fernere Geschichte und ihr Verhältniß zu dem mittelalterlichen Rechtszustande siehe bei Eichhorn R.=G. §. 277—284. Hier kommt es nur darauf an, ihre Beziehung zur Gegenwart darzulegen.

aus dem einheimischen Rechtsbewußtsein (im Ganzen unberührt von dem Einfluß fremden Rechts) hervorgegangen sind. Die späteren Particularrechte haben den Inhalt derselben ausgebeutet und, freilich in mannigfaltigen Modificationen, der Gegenwart überliefert; deshalb kann in so häufigen Fällen nur durch ein Zurückgehen auf die Ideen der Rechtsbücher das wahre Princip eines Instituts gewonnen werden. Die einzelnen Rechtsbücher sind folgende:

1) Der Sachsenspiegel oder Sächsisches Land- und Lehnrecht, verfaßt von einem anhaltischen Ritter Eike von Repkow, wahrscheinlich um das Jahr 1230[2]). Das Rechtsbuch ist ursprünglich in einer dem Niedersächsischen sich annähernden Mundart geschrieben, später aber in's Hochdeutsche und Lateinische übersetzt worden[3]). Das Lehnrecht hat wahr-

---

2) Sachße hat sich mit Rücksicht auf Sspgl. I, 25 und III, 64, 3 in scharfsinniger (obschon nicht überzeugender) Weise für das Jahr 1226 entschieden in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 10 S. 62. Früher (Eichhorn §. 279) setzte man die Zeit der Abfassung unbestimmt in den Raum von 1215—1235. Weiske (Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. I S. 54 flg.) und Schaumann (Geschichte d. Niedersächsischen Volks. 1839. S. 525 flg.) setzten die Zeit bis zum Jahre 1180 zurück. Der Erstere hat seine Ansicht zurückgenommen nach der Vorrede zu den „Quellen des gemeinen sächs. Rechts 1846." Walter Rechtsgesch. §. 297 Note 1 läßt den Sachsensp. zwischen 1231 und 1235 entstanden sein; sein Hauptargument (Heinrici treuga) scheint mir nicht beweisend. S. dagegen Sachße Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 14 S. 90 flg. und Gaupp a. a. O. S. 103 flg. Modificirt hat seine Ansicht Walter in der 2. Aufl. der Rechtsgeschichte §. 320. S. jetzt auch Maßmann in seiner Ausgabe des „Zeitbuchs von Eike von Repkow" (1857) S. 653 flg. Ficker in der unten N. 10 cit. Abh. setzt den Ursprung in die Jahre 1224 bis 1232.

3) Die besten Ausgaben sind die von C. W. Gärtner. Leipzig 1732, und die vortreffliche von Homeyer 3 Bde. Berlin 1835—44. 8. (der 1. Bd. ist in 3. Aufl. 1861 ersch.). Im letzten Bande befindet sich eine vorzügliche quellenmäßige Bearbeitung des Lehnrechts nach den mittelalterlichen Rechtsbüchern. Auch der vetus auctor und das Gör-

scheinlich einen gleichen Ursprung; es ist eine freie Bearbeitung des vielleicht von demselben Verfasser herrührenden, in lateinischen Reimen geschriebenen s. g. Auctor vetus de beneficiis (vielleicht lag auch dem Landrechte ein ähnliches, aber verloren gegangenes Original zu Grunde)[4]). Das Landrecht hat später mannigfache Zusätze und im J. 1340 eine neue Redaktion (vielleicht auch die Eintheilung in 3 Bücher) erfahren, auch eine Glosse durch den märkischen Ritter von Buch erhalten[5]). Eine Uebersetzung des vetus auctor de beneficiis enthält das s. g. Görlitzer Lehnrecht, dem auch ein aus dem Sachsenspiegel geschöpftes Landrecht beigegeben ist. — Der Sachsenspiegel hat eine große und weitverbreitete Autorität[6]) gewonnen und gilt noch jetzt in manchen Gegenden Deutschlands als subsidiäres, unmittelbar anwendbares Recht[7]).

---

litzer Lehnrecht sind darin abgedruckt. — Sachsenspiegel oder Sächs. Landrecht zusammengestellt mit dem Schwäbischen mit Uebersetzung und einem Repertorium von Sachße 1848. Die Quedlinburger Handschrift ist neu herausgeg. v. Göschen 1853.

4) Die sehr bestrittenen Fragen, welche im Texte entschieden worden, sind behandelt von Eichhorn a. a. O. und von Homeyer a. a. O. in den Einleitungen zu den einzelnen Bänden.

5) Eine spätere Vermehrung der Glosse stammt von Theodor von Bocksdorff. Weitere Untersuchungen Homeyer's sind enthalten in seinen Schriften: Der Prolog zur Glosse des Sächsischen Landrechts (1854), Johannes Klenkok wider den Sachsenspiegel (1855), Ueber die Informatio ex spec. Saxon. (1857), die Genealogie der Handschriften des Sspls. (1859), die Extravaganten des Sspls. (1861).

6) Dieß beweist die große Verbreitung seiner Handschriften in allen Gegenden Deutschlands, und die Bearbeitungen desselben sogar in Holland (s. g. holländische Sachsenspiegel. Leipzig 1753). Er ist auch Quelle des livländischen Ritterrechts (vgl. v. Bunge über den Sspgl. als Quelle u. s. w. Riga 1827. 8).

7) Der Sachsenspiegel hat noch heutzutage Gültigkeit 1) im Königreich Sachsen, 2) in den Großherzogl. und Herzogl. Sächs. Landen, 3) im Anhaltinischen, 4) in Schwarzburg, 5) in Reuß, 6) in Schlesien (als Provinzialrecht recipirt), 7) im Herzogthum Holstein mit Ausnahme

2) Der s. g. Schwabenspiegel[8]) (Schwäbisches Land- und Lehnrecht, in den Handschriften: Kaiserrecht, Land- und Lehnrecht genannt), ein Land- und Lehnrechtsbuch von unbekanntem Verfasser[9]), das sich am Richtigsten als eine Verarbeitung des Sachsenspiegels in der Gestalt seiner Ueberarbeitung im s. g. Deutschenspiegel (— s. N. 10 a. E. —) charakterisiren läßt, ergänzt durch Materialien des römischen und canonischen Rechts, der Bibel, Volksrechte, Capitularien, Reichsgesetze und anderer Quellen[10]). Da die meisten

---

des Schaumburgischen Antheils, 8) in Lauenburg, 9) in der Stadt Lüneburg, 10) in Wolfenbüttel. Vgl. Ortloff Grundzüge eines Systems des d. Pr.-Rechts. S. 65 flg.

8) Dieser in keiner Handschrift ersichtliche Name ist besonders seit Goldast im Gebrauch.

9) Die Annahme, daß der Verfasser ein Geistlicher gewesen sei, ist eine bloße Hypothese. Eine neue Vermuthung über den Verfasser (Bruder David von Augsburg) stellt auf: Pfeiffer in der Zeitschr. für deutsches Alterthum Bd. 9 S. 1 flg. Laband (Beitr. zur Kunde des Schwabensp. 1861) denkt an Berthold v. Regensburg trotz seines Todes im J. 1272.

10) Dieß ist zuerst begründet worden von Eichhorn a. a. O. §. 282. Genauer bestimmt das Verhältniß des Schwabenspiegels zum Sachsenspiegel Homeyer Sachsensp. II, 1. Vorrede S. 91 flg. und Merkel de republ. Alam. XVI. 28a—i. Die Ansicht von einer Entstehung des Sachsenspiegels aus dem Schwabenspiegel ist neuerdings erfolglos wiederholt worden von v. Daniels de Saxon. speculi origine ex juris communis libro Suevico speculo perperam nominari solito. Berol. 1852 und v. Daniels Alter und Ursprung des Sachsenspiegels u. s. w. 1853 (vgl. dagegen Homeyer Verhandl. der Berl. Akademie v. 5. Aug. 1852 und Sachße Kritische Zeitschr. für gesammte Rechtswissensch. 1. Bd. (1852) S. 173 flg.; ferner Homeyer über die Stellung des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel 1853. S. auch Gaupp germanist. Abhandl. a. a. O.). — Eine wichtige Entdeckung, durch welche die im Texte angenommene Ansicht über das Verhältniß des Schwabenspiegels zum Sachsenspiegel eine ganz neue Begründung erhält, ist die Auffindung des „Spiegels deutscher Leute". Es ist dieß ein zwischen dem Sachsenspiegel und dem Schwabenspiegel in der Mitte stehendes Werk, eine um 1260 in Augsburg vorgenommene Ueberarbeitung des Sachsenspiegels, aus welcher

Handschriften in süddeutscher Mundart geschrieben sind, und in dem Rechtsbuche auch öftere Beziehungen auf Schwaben vorkommen, so ist es höchst wahrscheinlich, daß es in und für Schwaben oder Bayern geschrieben sei; zugleich scheint aber die Absicht des Verfassers auf Darstellung eines allgemeinen Reichsrechts gerichtet gewesen zu sein. Die Zeit der Entstehung läßt sich nur ungefähr bestimmen; wahrscheinlich liegt sie zwischen 1273 und 1280[11]) — Eine schon mit wissenschaftlicher Färbung und im Anschluß an den Schwabenspiegel ausgeführte Arbeit ist das für die Stadt Freising im Jahre 1328 von Ruprecht vollendete Rechtsbuch, welches später (im funfzehnten Jahrh.) mit einer für das Land Freising berechneten Bearbeitung des Schwabenspiegels vereinigt wurde[12]).

3) Das kleine Kaiserrecht[13]), ein Rechtsbuch von

---

dann um 1280 der Schwabenspiegel hervorgegangen sei. Ficker der Spiegel Deutscher Leute. Innsbruck 1859. Ders. über die Entstehungszeit des Sachsenspiegels und die Ableitung des Schwabenspiegels aus dem Deutschenspiegel. 1859.

11) Jedenfalls ist das Rechtsbuch erst nach 1273 geschrieben; s. Merkel l. c. p. 100. — Die besten Ausgaben sind: Der Schwabenspiegel oder schwäbisches Land- und Lehnrechtbuch nach einer Handschrift von 1287 herausg. v. Fr. L. A. Frh. von Laßberg (Vorrede von Reyscher) 1840, ferner: Der Schwabenspiegel in der ältesten Gestalt mit den Abweichungen der gemeinen Texte — herausg. von W. Wackernagel. Th. 1 Landrecht 1840. Das Lehnrecht nebst einem guten Commentar enthält: Schilter Codex jur. Alemannici feudalis, acced. Commentarius ed. 2. praef. Scherzii 1728. f. Handausgabe v. Gengler. 1851.

12) Vgl. besonders Maurer in der Einleitung zu seiner Ausgabe dieses Rechtsbuchs: das Stadt- und Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing, ein Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels von G. L. v. Maurer. 1839. 8.

13) Die jetzt allein brauchbare Ausgabe (im Gegensatz der Senckenbergischen) ist: das Keyserrecht nach der Handschrift von 1372 in Vergleichung mit anderen Handschriften und mit erläuternden Anmerkungen

unbekannter Herkunft, wahrscheinlich am Ende des dreizehnten oder Anfang des vierzehnten [14]) Jahrhunderts ursprünglich in hochdeutscher Mundart [15]) verfaßt. Es ist ein selbstständiges, planmäßig ausgearbeitetes Werk mit der Tendenz, ein allgemeines Reichsrecht zu sein [16]). Vielleicht erklärt sich daraus die öftere Hinneigung desselben zum fränkischen Rechte; denn eine örtliche Beziehung auf die Gegenden, in welchen das letztere gilt [17]), scheint das (nach den Handschriften zu schließen) über ganz Deutschland verbreitete Rechtsbuch nicht zu beabsichtigen. Es ist übrigens von geringerem Werthe.

4) Die s. g. Richtsteige, d. h. Darstellungen des gerichtlichen Verfahrens. Der Richtsteig Landrechts [18]) behandelt in 50 Capiteln (zu denen spätere Zusätze gemacht wurden) in systematischer Ordnung den landrechtlichen Proceß unter steter Verweisung auf den Sachsenspiegel. Er ist wahrscheinlich um die Mitte des vierzehnten Jahrhunderts durch Johann von Buch, ursprünglich in niedersächsischer Mundart, geschrieben. Der Richtsteig Lehnrechts [19]), eine ähnliche

herausg. v. H. E. Endemann, und mit einer Vorrede versehen von B. Hildebrand. 1846. 8. — Das Rechtsbuch ist in vier Bücher getheilt.

14) Vielleicht unter Rudolph von Habsburg; vgl. Endemann a. a. O. Vorrede S. XIII u. XV.

15) Die ältesten und meisten Handschriften haben diese Mundart.

16) Dieß namentlich gegen die Ansicht Eichhorn's, daß es ein abgekürzter Schwabenspiegel sei. Die Gründe vgl. bei Endemann a. a. O. Vorrede S. XII flg.

17) So Mittermaier Grundsätze des deutschen Pr.-R. §. 9.

18) Ausg. in Senckenberg Corp. jur. Germ. Tom. I Pars 1 p. 125 sq. Eine neue Ausgabe von F. W. Unger unter dem Titel: Des Richtes Stig oder der Richtstig Landrechts sammt Cautela und Prems nebst einem Stücke von Zehnten Mühlen und Höfen. Göttingen 1847. Am besten herausgeg. v. Homeyer. 1857. 8.

19) Ausg. bei Homeyer des Sachsenspiegels zweiter Theil Bd. 1 S. 409 flg. Vgl. über die Geschichte des Rechtsbuchs daselbst S. 371 — 399.

lehnrechtliche Arbeit von unbekanntem Verfasser, ist jedenfalls kurz nach dem oben genannten Rechtsbuch geschrieben; ihr schließt sich die in der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts verfaßte „Weise des Lehnrechts" an [20]. — Unbedeutender sind die unter dem Namen „Cautela" und „Prems," oder „Premisse" bekannten und Hermann von Oßfeld (Mitte des vierzehnten Jahrh.) zugeschriebenen, processualische Klugheitsregeln enthaltenden Rechtsbücher [21].

5) Stadtrechtsbücher. Dahin gehört das sächsische Weichbild, bestehend aus einer die ersten 27 Artikel umfassenden selbstständigen Privatarbeit (vielleicht im Anfang des 13. Jahrh. geschrieben), und aus einer Sammlung von Rechtssätzen, welche dem Sachsenspiegel und dem Magdeburger Schöffenrechte entlehnt sind. Beides ist im Anfang des vierzehnten Jahrh. zu einem Ganzen vereinigt und am Ende dieses Jahrhunderts mit einer Glosse versehen [22]. — Dahin gehört weiter das Rechtsbuch nach Distinctionen (s. g. vermehrter Sachsenspiegel), ein in der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts für die Städte Sächsischen und Magdeburgischen Rechts aus dem Sachsenspiegel, dem Weichbild und dem

20) Bei Homeyer a. a. O. S. 543 flg.

21) Ausg. in Bruns' Beitr. zum deutschen R. S. 139 flg., und von Unger und Homeyer in den Not. 18 angef. Werken.

22) Vgl. Gaupp das alte magdeburgische und hall. Recht. S. 119. Wilda im rhein. Museum f. Jurisprud. Bd. 7 S. 320 flg. — Ausg. von J. F. Ludovici. Halle 1721. 4. Dann in den Zobelschen Ausgaben des Sachsenspiegels. Eigenthümliche Handschriften sind gedruckt worden bei Wilda a. a. O. S. 345 flg. (Cod. Uffenbach.), bei v. Thüngen Heidelberg 1837 (Cod. Palatinus), bei Mühler deutsche Rechtshandschriften des Stadtarchivs zu Naumburg 1838. S. 37 flg. (Naumburger Codex), bei v. Daniels das sächs. Weichbildrecht 1853 (Berliner Codex v. 1369). Die neueste Ausgabe: das sächsische Weichbildrecht, jus municipale saxonicum, herausg. von v. Daniels und v. Gruben. Berl. 1857.

Goslarischen Stadtrecht geschöpftes Rechtsbuch von unbekanntem Verfasser [23]). Aehnlich sind die „Sächsischen oder Pölman'schen Distinctionen," welche wahrscheinlich um 1433 ausgearbeitet worden sind von einem uns unbekannten Verfasser [24]). Aus dem Rechtsbuch nach Distinctionen ist endlich auch das in der zweiten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts verfaßte Eisenachische Rechtsbuch geflossen [25]), und nicht minder im Anfang des sechzehnten Jahrh. das Rechtsbuch Johannes Purgoldt's auf seiner Grundlage entstanden [26]).

6) Zu erwähnen sind endlich noch die unter dem Namen Abecedarien, Repertorien, Remissorien, Register, Schlüssel verfaßten, meist alphabetisch geordneten, aus den angeführten Rechtsbüchern geschöpften Privatarbeiten, deren Werth jedoch meist nur gering ist. Sie stammen großentheils aus der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts, und sind in Handschriften über ganz Deutschland verbreitet [27]).

b) Libri feudorum [1]).

§. 16.

Ganz ähnlich der Geschichte der deutschen Rechtsbücher ist die der lombardischen libri feudorum [2]). Sie sind eben=

23) Das Rechtsbuch nach Distinctionen nebst einem eisenachischen Rechtsbuche herausg. von Fr. Ortloff 1836 (auch u. d. Titel: Sammlung deutscher Rechtsquellen Bd. 1). Vgl. die Einleitung dieses Werks über die Geschichte und Handschr. des Rechtsbuchs.

24) Vgl. Ortloff a. a. O. Einl. S. XLIV flg.

25) Gedruckt bei Ortloff a. a. O. vgl. die Einl. S. LII.

26) Herausgegeben von Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen 2. Bd. 1860.

27) Gedruckt sind einige hinter den älteren Ausgaben der sächsischen Rechtsbücher.

1) Ausg. Senckenberg C. J. Feud. pag. 492 und als Anhang der neuen Ausgaben des Corpus juris civilis.

2) W. Paetz Progr. de vera librorum juris Longobardici origine.

falls Privatarbeiten, welche im Laufe der Zeit durch Zusätze vermehrt und verändert zu einem größeren Ganzen heranwuchsen und allmählig gesetzliches Ansehen erhielten[3]). Regelmäßig werden sie in zwei Bücher getheilt, denen zwei von einander ganz unabhängige Hauptaufsätze zu Grunde liegen, an welche sich allmählig das übrige Material angesetzt hat. Die erste Abhandlung, welche die Grundlage des ersten Buchs bildet, ist von unbekannter Herkunft[4]) und behandelt das Lehnrecht in seinen Abweichungen vom römischen Rechte. Die Zeit seiner Abfassung muß zwischen 1095 und 1136 fallen[5]). Dazu ist nun eine Reihe von Zusätzen gekommen, welche theils Erklärungen, theils Excerpte aus Gesetzen, theils Erfahrungen aus dem Rechtsleben hinzufügen, ohne daß sich die Gränze zwischen ihnen und der ursprünglichen Arbeit genau bestimmen läßt. Der zweite Theil wird zunächst (feud. II. tit. 1—34) durch zwei (vielleicht um 1158 geschriebene) Aufsätze des Mailändischen Consuls Obertus ab Orto gebildet, welche über die Natur, den Erwerb und Verlust des Lehens handeln, und mit Zusätzen vermehrt wurden[6]). Nachdem

---

1805. 4. C. F. Dieck Literärgeschichte des longobardischen Lehnrechts bis zum vierzehnten Jahrhundert. 1828. 8. E. A. Laspeyres über die Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri feudorum. 1830. 8. Eichhorn Rechtsgesch. §. 278.

3) In Deutschland geschah dieß allgemeiner seit der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts. C. F. Dieck de tempore quo jus Longob. in Germaniam translatum — est. 1843.

4) Wohl von einem lombardischen Juristen außerhalb Mailands. Ob Gerardus Niger an der Entstehung des ersten Buchs Antheil habe, läßt sich nicht bestimmen.

5) Im Jahre 1095 war die im Titel VI erwähnte Synode Urban's, und 1136 wurde das dem Feudisten noch unbekannte Gesetz Lothar's II über Veräußerungen der Lehne gegeben.

6) Hierauf folgt jetzt (tit. 25 und 26) ein eingeschobener Aufsatz von unbekanntem Verfasser. Ueber ein, dem Hugo de Gambolado in

diese Bestandtheile zu einem Ganzen verbunden waren, wurde ihnen eine vielleicht gleichzeitig entstandene Sammlung von Lehnsgewohnheitsrechten, Schöffensprüchen und Gesetzen der Kaiser Lothar II. und Friedrich I. angefügt (tit. 28—56), in welcher namentlich häufig eine Meinungsdifferenz des Mailändischen Consuls Gerardus (Niger, Capagisti) angeführt wird. — Dieses Ganze wurde schon vor 1166 in Bologna bekannt und, durch spätere Gesetze Friedrich's I. und Heinrich's VI. vermehrt, als decima collatio novellarum [7]) betrachtet und glossirt. Es bildete sich auch hier in Bologna eine litera vulgata [8]). Die Glossen rühren theils von Bulgarus, theils von Pillius, theils und vorzüglich von Jacobus Columbi (1240) her und sind später von Accursius in der glossa ordinaria überarbeitet wiedergegeben worden. Zu diesen capitula ordinaria kommen aber noch unglossirte capitula extraordinaria, welche von Jacob von Ardizo stammen [9]) (1230) und von Cujaz in seine Ausgabe der libri feudorum nach einer eigenthümlichen Eintheilung des Ganzen in fünf Bücher aufgenommen sind [10]). — Das Ganze ist so in die Ausgaben des römischen Rechts einverleibt, und soweit es glossirt ist, mit diesem in Deutschland in gleicher Wirksamkeit recipirt worden.

---

der Tübinger Handschrift zugeschriebenes, jetzt im ersten Buche Tit. 14—18 befindliches Stück s. Laspeyres S. 174 und 256.

7) Vgl. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 3 S. 520 flg. — Hugolinus Presbyteri († 1233) stellte am Ende der Consuetudines alle Constitutionen Friedrich's I. und II. nebst denen Conrad's II. zusammen.

8) Zufällig sind in dieselbe zwei Stücke der capitt. extraordinaria gerathen (II. feud. 57 und 58).

9) Er sammelte Alles, was in den Bologneser Handschriften fehlte, aber in den auswärtigen Handschr. dem Texte angereiht war.

10) Später hat man diese Eintheilung für die eigentlichen libri feudor. wieder verlassen, und so kommt es, daß in den neueren Ausg. auf das zweite gleich das vierte Buch beginnt.

2) Quellen des geschriebenen Rechts.

a) Reichs- und Territorialgesetzgebung.

§. 17.

Bei weitem unbedeutendere Materialien als die bisher genannten gewohnheitsrechtlichen Quellen liefern die Reichs- und Territoriallegislationen dieser Zeit. Die Reichsgesetzgebung (von welcher die auf Reichs- und Hoftagen gefundenen Urtheile wohl zu trennen sind) beschränkte sich auf die das Privatrecht nur selten berührenden Landfrieden und Privilegien einzelner Reichsstände und ganzer Classen von Reichsbürgern [1]). — Auch die Territorialgesetzgebung mußte in dieser Periode schon deshalb nur von untergeordnetem Werthe für das Privatrecht sein, weil es noch nicht Sache der Landesherrn geworden war, das letztere willkürlich abzuändern [2]). Abgesehen deshalb von den die Territorialverfassung betreffenden Landesordnungen [3]), welchen hie und da privatrechtliche Bestimmungen in Folge polizeilicher Rücksichten eingefügt sind, finden sich nur einzelne spärliche Versuche der Wirksamkeit der öffentlichen Gewalt für das Privatrecht, welche aber durchaus nur den Charakter von Aufzeichnungen des Bestehenden haben [4]). Auf ganz anderem Standpunkte stehen

---

1) Vgl. J. F. Böhmer die Reichsgesetze von 900 — 1400 nachgewiesen. 1832. 4. Gesammelt bei Goldast Collectio constitutionum imperialium 4 Tom. 1713 fol. (enthält viel Unächtes). Dann in der Neuen und vollständigen Sammlung der Reichsabschiede (4 Thle. Frkf. 1747. fol.) Th. 1. Am besten sind die Reichsgesetze bis 1313 gedruckt bei Pertz Monumenta German. histor. Tom. IV.

2) Vgl. überhaupt Eichhorn Rechtsgeschichte §. 264. 285 a. 427 und 443.

3) Z. B. Bayrische Landesordnung v. 1474, Thüringische Landesordnung von Herzog Wilhelm III. von 1446, Landesordnung von Sachsen von 1482, Würtembergische Landesordnung von 1495.

4) So das Oesterreichische Landrecht, wahrscheinlich schon aus dem Ende des 13. Jahrhunderts, welches wir in zwei Formen besitzen (Sie-

die dieser Periode angehörenden Rechte der friesischen Seelande[5]), denen sich das Dithmarser Landrecht[6]) anschließt. Sie sind Gesetze im germanischen Sinne des Worts, beruhend auf freier Autonomie des Volkes, das dort seine uralten Einrichtungen gegen die andrängenden Feudalelemente des Mittelalters zu retten wußte. Sie schließen sich daher nach ihrem Geiste mehr an die alten Volksrechte an und sind die beste Quelle zur Erkenntniß des in altgermanischem Rechtsboden fortwachsenden Rechts der ersten Periode.

b) Stadtrechte[1]).

§. 18.

Unverkennbar ist der Zug der Rechtsbildung im Mittelalter, in dem Weichbildrechte eine ähnliche Abstufung des Rechts hervorzubringen, wie sie sich in dem Land-, Lehn- und

gel die beiden Denkmäler des österr. Landr. Wien 1860). Ferner Kaiser Ludwig's Bayrisches Landrechtsbuch von 1346, eine Zusammenstellung des in den Städten und dem Lande theils als statutarisches, theils als gewohnheitsrechtliches geltenden Rechts, welchem die Bestätigung Kaiser Ludwig's und seiner Söhne einen größeren Wirkungskreis gewährte. (Vgl. Auer das Stadtrecht von München 1840 S. VIII flg.) Oft sind diese s. g. Landrechte bloß Privataufzeichnungen des in einem bestimmten Bezirke geltenden Rechts. So das Rheingauische Landrecht (Bodmann rheingauische Alterth. S. 625 fl.), das Saarbrücker Landrecht v. 1321 (v. d. Nahmer Handb. des Rheinischen Particularr. Bd. 2 S. 938 flg.).

5) Beste Ausgabe: Friesische Rechtsquellen von Carl Freiherrn v. Richthofen. Berl. 1840. 4. Dazu von Demselben: Altfriesisches Wörterbuch. Göttingen 1840. 4. Vgl. Eichhorn R.-G. §. 285. b u. c.

6) Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen von A. C. J. Michelsen. Altona 1842. 8. Vgl. namentl. die Vorrede S. V flg.

1) Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 259. Nr. 2. 263. 284. 434. Derselbe in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 1 S. 146 flg. Bd. 2 S. 165 flg. Vgl. auch Gerber das wissenschaftl. Princip des Pr.-R. S. 187 flg.

Hofrechte gestaltet hatte. Der Charakter der in den Städten hervortretenden Rechtserzeugung läßt sich bezeichnen als das Streben, die einfachen und schwerfälligeren Satzungen des Landrechts dem mannigfaltigen Treiben der städtischen Verkehrswelt anzupassen, deshalb in rascheren Fluß zu bringen und nach einem freieren Princip zu erweitern. In diesem Sinne gebührt den Stadtrechten eine eigenthümliche Stellung in der deutschen Rechtsentwickelung und die Erfolge derselben sind selbst für das heutige Recht nicht ohne fruchtbringende Bedeutung. — Ihr Anfang war ein geringer, ein Privilegium der Herrschaft für die Erhaltung oder Annahme städtischer Gerechtsame im Sinne jener Zeit. Zu dieser einfachen Grundlage gesellten sich aber seit dem 12. Jahrhundert die verschiedenartigsten Materialien, als Kühren der Bürgerschaft, Weisthümer und Urtheile der städtischen Schöffen und neue Privilegien; das Ganze wurde dann oft mit einem Rechtsbuche formell vereinigt oder doch wenigstens durch das Material eines solchen vermehrt[2]). In solcher Gestalt legte man dann oft diese Sammlungen, einem unbestimmten Drange folgend, dem Oberherrn zur Bestätigung vor, und häufig verarbeitete man sie später, namentlich mit Benutzung des römischen Rechts, zu einer „Reformation.“ Besonders angesehene Stadtrechte[3])

---

2) Ueber eine eigenthümliche Form der Entstehung solcher Materialien handelt Homeyer die Stadtbücher des Mittelalters, insbes. das Stadtbuch von Quedlinburg 1860.

3) Die wichtigsten sind folgende: 1) Das alte Cölner Stadtrecht, bekannt in der Form, in welcher damit durch Herzog Conrad von Zähringen die Stadt Freiburg im Breisgau (1120) bewidmet wurde. Gedruckt bei Schreiber die älteste Verfassungsurkunde der Stadt Freiburg u. s. w. 1833. 4. Ueber das Verhältniß des Stiftungsbriefs zum späteren Freiburger Stadtrodel s. Gaupp deutsche Stadtrechte im Mittelalter. 2. Bd. S. 2 flg. 2) Das alte Recht der Stadt Soest, nämlich ein altes lateinisches Statut (um 1120), ein anderes aus der

wurden häufig an fremde Städte verschickt, welche dieselben für sich erbeten hatten. Aber nicht bloß diesem Umstande ist

---

Mitte des 13. Jahrhunderts, und „Dat aude Schrae der Stadt von Soist" aus der Mitte d. 14. Jahrh. mit späteren Zusätzen. Gedruckt bei Emminghaus Memorabilia Susatensia (Jena 1749. 4.) p. 101—198, und bei Seibertz Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgesch. d. Herzogth. Westphalen. Bd. 1 (1839) S. 48—57, Bd. 2 (1843) S. 387—417. 3) Das Stadtrecht von Lübeck. Schon vor dem Jahre 1170 hatte Lübeck wahrscheinlich ein wirkliches Stadtrecht erhalten, abgesehen von den früheren 2 Privilegien, welche es Heinrich dem Löwen verdankte. Dieß war unter Berücksichtigung namentlich des Soester Rechts geschrieben. Von diesem besitzen wir mehrere sehr abweichende lateinische Handschriften aus dem 13. Jahrh. Erst im Anfange des 13. Jahrh. wurde eine selbstständige deutsche Redaction des Stadtrechts unternommen, welche aber später bald durch Zusätze verändert und vermehrt wurde, und namentlich wurde einem Theile der Handschriften das alte Hamburger Recht von 1270 beigefügt. Die Handschriften weichen sehr von einander ab. Die beste Sammlung von Abdrücken ist bei J. F. Hach das alte Luebische Recht. 1839. 8. 4) Das Hamburger Recht. Erste Statuten von 1270; dann von 1292 und 1497. Am besten bei Lappenberg Hamburgische Rechtsalterthümer. Bd. 1. 1846. 5) Das Magdeburger Recht. Erstes lateinisches Privilegium von Erzbischof Wichmann (1188), gedruckt bei Tzschoppe und Stenzel Urkundensammlung zur Gesch. des Ursprungs der Städte u. s. w. 1832. 4. Fortgebildet wurde dieses Recht durch den Schöppenstuhl, dessen Rechtssammlungen sehr häufig zum Zwecke der Versendung an andere Städte in eine Urkunde vereint wurden (so nach Halle, Breslau, Görlitz, Culm, überhaupt nach Schlesien, Böhmen und Mähren), aus welchen es jetzt erkannt werden kann. Vgl. Gaupp's Magdeburgisches und Desselben Schlesisches Recht (1826 u. 1828). 6) Goslarische Statuten in 5 Büchern, vor d. J. 1360 verfaßt. Vorher geht ein Privilegium Friedrich's II. v. 1219. Herausgegeben und systematisch bearbeitet von O. Göschen die Goslarischen Statuten u. s. w. Berl. 1840. 8. 7) Augsburgische Statuten von 1276 bei Walch Beitr. 4., 1—418 (spätere Redaction). 8) Prager Stadtrecht bei Rößler deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren. 1. Bd. 1845. Der zweite Band (1852) enthält das Stadtrecht von Brünn. 9) Lüneburg, altes Privilegium von 1247, herausg. von Kraut. 1846. 10) Bamberger Stadtrecht aus d. 14. Jahrh. herausg. u. bearbeitet von Zöpfl. 1839. Ueber viele andere interessante

die Aehnlichkeit dieser Stadtrechte in den allgemeinen Grundlagen des Rechts zuzuschreiben.

c) Hof- und Dienstrechte [1]).

§. 19.

Die Hof- und Dienstrechte dieser Periode, betreffend die dinglichen und persönlichen Verhältnisse hofhöriger und dienstabhängiger Leute, haben für das heutige Recht noch einige Bedeutung zur richtigen Beurtheilung der bäuerlichen Verhältnisse und einzelner Classen von dinglichen Rechten. Sie haben größtentheils die Form von Urkunden, in denen die einzelnen durch Privilegium oder vertragsmäßig erworbenen Rechte der Dienst- und Hofleute verzeichnet sind [2]).

Stadtrechte dieser Zeit siehe Kraut's Grundriß S. 66 flg. Mittermaier D. R. §. 11 u. 10 flg. Die meisten sind enthalten in den Sammlungen von Walch (Beiträge zum deutsch. Rechte. 8 Bände. 1771–1793), Schott (Sammlung zu den deutsch. Land- und Stadtr. 3 Thle. 1772—75), Pufendorf (observ. jur. univ. in den Anhängen) und Gaupp (deutsche Stadtrechte des Mittelalters mit rechtsgeschichtl. Erläuterungen. 2 Bde. 1851—52). Michelsen Rechtsdenkmale aus Thüringen 1852—53. Sehr schätzbar ist die meist städtisches Recht enthaltende Sammlung von Arnold: Beiträge zum deutschen Privatrecht 2 Bände. 1840. 42. Eine Menge solcher Statuten liegt noch in Bibliotheken und Archiven verborgen. Nachweisungen s. bei Gengler deutsche Stadtrechte des Mittelalters theils verzeichnet, theils mitgetheilt. 1852. Bischoff österreich. Stadtrechte u. Privileg. 1. Bd. 1857. Tomaschek deutsches Recht in Oesterreich im 13. Jahrh. auf Grundlage des Stadtrechts von Iglau, 1859.

1) Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 259.

2) Vgl. Walter Corp. jur. Germ. Tom. III p. 775 sq. v. Fürth Ministerialen Anhang S. 309 flg. S. die Anmerkungen zu Kraut Grundriß §. 21. Eine Fülle solcher Hofrechte findet sich in Grimm's Weisthümern. Stobbe Gesch. d. Rechtsquellen S. 577 flg.

III. Neuere Zeit [1]).

1) Ungeschriebenes Recht.

§. 20.

Nach der Aufnahme des fremden Rechts in Deutschland zog sich die Rechtsbildung allmählig vom Volke zurück und trat mehr und mehr als die Aufgabe der Rechtsgelehrten hervor, indem das Ziel der Rechtsentwickelung nun nicht mehr der Anbau des aus eigenen Mitteln erhobenen Systems, sondern die Naturalisirung der fremden Rechtselemente auf einheimischem Boden und die Ausgleichung der zwischen dem fremden und dem deutschen Rechte entstehenden Widersprüche sein mußte [2]). Um diese Vereinbarung zu gewinnen, waren von beiden Seiten Zugeständnisse nothwendig, welche freilich für das deutsche Recht leider unnöthiger Weise selbst materiell verletzend wurden [3]), da es genügt hätte, die einheimischen Rechtsstoffe durch eine formelle Ausbildung zur Gleichartigkeit mit dem fremden Rechte zu erheben. Auf diese Weise entwickelte sich seit dieser Zeit gewohnheitsrechtlich eine Reihe von Zwischenbildungen, deren Motiv nicht selten als Irrthum in der Auffassung hervortritt. Dessenungeachtet sind sie die

---

1) Uebersichten über die sämmtlichen in den deutschen Staaten heutzutage geltenden Rechte (und dazu gehörigen Commentare u. s. w.) geben Eichhorn Einl. § 24 und Mittermaier Grundsätze §. 19—21.

2) Die Geschichte dieser Periode der Rechtsbildung und der großen den Rechtszustand umändernden Ereignisse, deren Mittheilung nicht unter den hier geltenden Gesichtspunkt gehört, s. bei Eichhorn Rechtsgesch. §. 440—444.

3) Man nahm an, daß eine Berufung der Parteien auf ein dem gemeinen (kaiserlichen geschriebenen) römischen Rechte widersprechendes deutsches Gewohnheitsrecht einen strengen Beweis der Parteien (gleich dem eines bestrittenen Factums) nothwendig mache, und verlangte, daß man selbst die anerkannten Institute des deutschen Rechts nach den Regeln des römischen behandle.

Veranlassung ebensowohl zur Entstehung vieler selbstständiger Institute, als zur Erzeugung einzelner das einheimische Recht modificirender Rechtssätze geworden. Geleitet wurde diese Rechtsbildung durch die Juristen, theils bei ihrem Einflusse auf die Gesetzgebung (§. 22 u. flg.), theils bei ihrer schriftstellerischen und praktischen Wirksamkeit [4]). — Hierbei ist jedoch nicht zu verkennen, daß daneben schon in jener Zeit eigenthümliche Richtungen des deutschen Volkslebens zu einzelnen selbstständigen neuen Rechtsbildungen führten (z. B.

4) Ueber die älteren Formelbücher s. Rockinger über Formelbücher vom dreizehnten bis zum sechzehnten Jahrhundert 1855. — Den Anfang machten die süddeutschen sehr unbedeutenden Formelbücher (Formulari, darin begriffen sind allerhand Brief auch Rhetorik. Augsb. 1483 f. Fr. Riederer Spiegel der wahren Rhetorik. Freib. 1493 f. Heinrich Geßler Formulare und Teutsch Rhetorica 1502 f.), Ulrich Tengler's Layenspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimentern. Augsb. 1509 f., der seit 1516 und öfter von Sebastian Brand (nur) herausgegebene „richterlich Clagspiegel", die Institutiones, Auszug und Anzaigung etlicher geschrieben Kaiserlichen und des heil. Reichs Rechte — — von Andreas Perneder 1544, „der Rechten Spiegel" von Justin Goblern 1552 f. u. A. m. — Ganz vorzüglich aber gehören hierher die Schriften der s. g. Praktiker des 16., 17. und 18. Jahrhunderts, deren zahllose Responsa, Consilia, Observationes, Meditationes, Consultationes, Decisiones den Gerichtsgebrauch leiteten (diese ganze Literatur hat begonnen mit den Observationen der beiden Kammergerichtsbeisitzer Joachim Mynsinger (1563) und Andreas Gail (1578)). Diesen Schriftstellern kann man nicht zuschreiben, daß sie das Recht erzeugt hätten, sondern sie versuchten nur in unbeholfner Weise und ohne die Führung der historischen Methode mit den Schwierigkeiten des positiven Rechts fertig zu werden; die Gesetzgebung lehnte sich aber natürlich an diese Arbeiten an, da sie von Männern ausgingen, welche recht eigentlich auf die Praxis einwirkten (Mitgliedern von Juristenfacultäten, Reichscollegien, Schöppenstühlen). So wie sie aber die Motive für die Gesetzgebung geworden sind, so haben sie allerdings auch manches Gewohnheitsrecht veranlaßt. Eine Aufzählung der wichtigsten hierher gehörigen Schriften giebt Maurenbrecher deutsch. Pr.-R. Bd. 1 S. 78—88.

das Wechselrecht), und besonders hat in neuerer Zeit das Volk wieder angefangen, seine unmittelbare Wirksamkeit auf dem Gebiete des Rechts zur Geltung zu bringen [5]).

2) Geschriebenes Recht.

a) Reichsgesetze und Bundesbeschlüsse.

§. 21.

Da die Reichsgesetzgebung seit dem funfzehnten Jahrhunderte nur selten das Privatrecht unmittelbar berührt und auch da, wo dieß geschieht, weniger im Geiste des deutschen Rechts, als mit der Tendenz verfährt, Instituten des römischen Rechts durch leichte Modificationen einen Zugang im Rechtsleben anzubahnen, so hat sie für die Entwickelung des deutschen Privatrechts nur untergeordneten Werth gehabt. Meistentheils behandelt sie dasselbe bei Gelegenheit der Polizeigesetzgebung, seltner in einzelnen unmittelbar darauf Bezug habenden Reichsschlüssen, Reichsordnungen und Theilen der Reichsabschiede [1]). Trotz der Auflösung des deutschen Reichs und trotz des scheinbar entgegenstehenden Artikels 2 der Rheinbundsacte gebührt diesen noch heutzutage in den Ländern des

---

5) Es wird im Laufe der Darstellung Gelegenheit sein, auf Rechtsbildungen der jüngsten Zeit aufmerksam zu machen, welche ein Product des mit größeren und eigenthümlicheren Berechtigungen auftretenden neueren Verkehrs sind.

1) Eichhorn Rechtsgesch. §. 528 und 530. Sammlungen sind: Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsges. 11 Thle. 1786—94 (der 10. Theil enthält das Privatrecht). Auch Emminghaus Corpus juris tam publici quam privati 2. Aufl. 1844. (Hiervon ist 1856 eine Fortsetzung als zweiter Band erschienen.) Die wichtigsten hierher gehörenden Reichsgesetze sind: die Notariatsordnung von 1512, die Kammergerichtsordnung von 1555 (auch das Concept von 1613), die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548, 1577, die Reichshofrathsordnung von 1654, der jüngste Reichsabschied von 1654, Reichsschluß von 1731 (über Handwerksmißbräuche) u. s. w.

gemeinen Rechts unmittelbare Anwendbarkeit [2]). Eine neue Quelle des gemeinen deutschen Rechts liegt in den auch das Privatrecht betreffenden Beschlüssen des deutschen Bundes [3]), deren formelle Anwendbarkeit jedoch erst von dem Augenblicke ihrer Publication in den einzelnen Ländern beginnt.

b) Landesgesetzgebungen.

a) Aeltere Art derselben [1]).

§. 22.

Die Landrechte dieser Zeit haben zum Theil noch immer den Charakter bloßer, unter öffentlicher Auctorität verfaßter Aufzeichnungen des bestehenden Gewohnheitsrechts [2]), aber der größere Theil derselben zeigt schon deutlich, daß die Beschränkung der gesetzgebenden Gewalt (durch die Landstände) nun mehr und mehr übersprungen wurde. Dieß geschah, indem man diese Gesetzgebungen zur Mittheilung der wichtigsten Grundsätze des römischen Rechts und zur Entscheidung der zwischen dem römischen und einheimischen Rechte stattfindenden Collisionen benutzte, damit namentlich den Untergerichten

---

2) Vgl. darüber Blume Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte 1847. 1. Abth. S. 112 flg. Wächter gemeines Recht (1844) S. 169 flg.

3) Deutsche Bundesacte vom 8. Juni 1815. Wiener Schlußacte v. 15. Mai 1820. Protocolle der deutschen Bundesversammlung seit d. Jahre 1816. Frankf. a. M. in 4. G. v. Meyer Corpus jur. Confoederat. German. 2 Bde. 1833. Neue Aufl. 1847. Dessen Corp. Constitutionum German. 1858 (N. Aufl. v. Zöpfl). Emminghaus a. a. O.

1) Vgl. darüber Gerber das wissensch. Princip. S. 159 flg. und Eichhorn Rechtsgesch. §. 560.

2) So namentlich im nördlichen (Friesischen) Deutschland. Eine Sammlung solcher Aufzeichnungen geben Pufendorf Observ. jur. univ. in den Appendices zu Bd. 1, 3 und 4, auch Oelken Corp. Const. Oldenburg. 3, 114 und Dreyer Sammlung vermischter Abhandlung. Th. 1 und 2.

die nöthigen Kenntnisse und Anhaltepunkte verschafft würden, wobei man sich freilich mit offner Willkür größtentheils über die alten hergebrachten Gewohnheitsrechte einheimischen Ursprungs hinwegsetzte, oder sie durch Eingränzung in römische Formen verunstaltete*). Sie sind eine für das deutsche Privatrecht außerordentlich wichtige Quelle; denn sie haben die Eigenthümlichkeiten des gegenwärtigen Rechtszustands vorbereitet. Obschon sie fast alle von einer gleichen (nur bald mehr bald weniger gemäßigten) romanisirenden Tendenz ausgehen, und selbst ihrem Ursprunge nach in der unmittelbarsten gruppenweisen Verwandtschaft stehen, so weichen sie doch im Einzelnen vielfach von einander ab und begründen so die Particularität des Rechts, wie sie noch heutzutage obwaltet[3]).

---

*) Die interessantesten Aufschlüsse über die gesetzgeberischen Arbeiten und überhaupt über die Dogmatik dieser Zeit gewähren die jetzt herausgegebenen: Vorarbeiten zum Württembergischen Landrechte — herausg. v. Faber und Schloßberger (Vorrede von Wächter) 1859. Es ist dieß ohne Zweifel eine der wichtigsten Quellen zur älteren Dogmengeschichte, besonders für die Geschichte des ehelichen Güterrechts (s. bes. S. 467 flg.).

3) Uebersichten über diese Landesgesetze gewähren Eichhorn Einleitung §. 16, Ortloff Grundzüge S. 43—46 und S. 70—111 und Mittermaier Grundsätze des gem. D. P. §. 19. Die für die Wissenschaft bedeutendsten sind folgende (entlehnt aus Kraut's Grundriß S. 100): — Der Markgrafschaft Baden Statuten u. Ordnungen von Testamenten, Erbtheilungen u. Vormundschaften v. 1511 (bearbeitet v. Ulr. Zasius). Land-Recht der Fürstenthümer u. Lande der Marggrafschaften Baaden u. Hochberg 2c. in 7 Theilen verfaßt (v. 1622, publicirt 1654) von neuem wieder aufgelegt. Durlach 1710 f. — Das Buch der gemeinen Landpot, Landesordnung, Satzung und Gebrauch des Fürstenthums in Obern- und Niedern-Baiern im 1516. J. aufgericht. f. Reformation der Bayerischen Landrecht im 1518. J. aufgericht. f. Landrecht 2c. der Fürstenthumben Ober- u. Nieder-Bayern. München 1616. f. Codex Maximilianeus Bavaricus civilis oder neu verbessert und ergänzt Chur-bayrisches Land-Recht v. 1756 in vier Theilen. München 1756. f. (Verfaßt von W. X. A. v. Kreittmayr.) — Anmerkungen über den Codicem Max. Bav. von W. X. A. Freiherr v. Kreittmayr. 5 Thle.

Man muß vier Arten dieser Landesgesetze unterscheiden: Landesordnungen, welche sich zunächst mit der Landesverfassung

München 1758—1768 f. — Des Hochstifts und Fürstenthums Bamberg Landrecht. 1769. 4. — Landrecht der Obergrafschaft Catzenellenbogen vom Landgrafen Georg I. a. 1589. b. Selchow Magazin f. deutsch. Recht. Th. 1 S. 47 ff. — Erzstifts Cölnische Rechtsordnung v. 16. März 1663. b. Schlüter Provinzialrecht der Provinz Westphalen. Bd. 3 S. 149 ff. u. b. Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrechte. Bd. 1 S. 383 ff. — Dithmarsisches Landrecht v. 1567. Glückst. 1667 u. 1711. 4. — Landrecht für die Grafschaft Eberstein v. 1508. b. G. H. Krieg v. Hochfelden Gesch. der Grafen von Ebernstein in Schwaben. (Karlsr. 1836. 8.) S. 442 ff. — Des Stifts Würzburgs u. Herzogth. Franken Kayserl. Landt=Gerichts=Ordn. Würzb. 1618. 1619. 1733. f. — Das Ostfriesische Landrecht nebst dem Deich= u. Syhlrechte — zum ersten Mahle durch den Druck ausgefertiget. Aurich (1746 durch M. v. Wicht). 4. — Landtsordnung der fürstl. Grafschaft Henneberg (1539). f. auf's neue aufgelegt. Meiningen 1720. 4. Größtentheils aus der revidirten Tyrolischen Landesordnung entnommen; s. C. E. Schmid Progr. de ordinationis provincialis Hennebergicae origine, fontibus et auctoritate. Jen. 1831. 8. — Der Grafschaft Hohenlohe gemeinsames Landrecht. Oehringen 1738. f. — Landrecht des Fürstenth. Jülich v. 1537. b. Lacomblet Archiv. Bd. 1 Hft. 1 S. 111 ff. Herzogen Wilhelm (von Jülich) Rechts=Ordnung u. Reformation. Cöln 1558 u. Düsseld. 1582. f., auch b. Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrechte. Bd. 1 S. 99 ff. — Churfürstl. Maynzisches Landrecht. Maintz 1755. f., auch b. W. v. d. b. Nahmer Handbuch des Rheinisch. Particularrechts (3 Bde. Frkf. a. M. 1831—1832. 8., die beiden ersten Bände auch unter dem Titel: Die Landrechte des Ober= und Mittel=Rheins). Bd. 2 S. 682 ff. — Nassau=Catzenellenbogische Land=Ordnung v. 1616. b. v. d. Nahmer Rheinisch. Particularrecht. Bd. 1 S. 115 ff. — Landrecht der Churfürstl. Durchlaucht in Bayern ꝛc. Fürstenthumbs der Oberpfaltz. Münch. 1657. f. — Churfürstlicher Pfaltz Land=Recht in 5 Thlen. Heydelb. 1582 u. 1657. f. Neustadt a. d. H. 1594. f. Churfürstl. Pfaltz beym Rhein Erneuertes u. verbessertes Land=Recht in 5 Thln. Heidelb. 1611. f. Weinheim 1700. f.; nach der letzteren Ausg. abgedr. b. v. d. Nahmer Rheinisch. Particularrecht. Bd. 1 S. 401 ff. — Churfürst Augusten (von Sachsen) Landes=Constitutiones v. 1572. 4., nachher öfter; auch im Codex Augusteus v. J. Ch. Lünig (2 Bde. u. 3 Fortsetzungen. Leipz. 1724—1824. f.) Bd. 1 S. 73—138. Zu deren Verständniß dienen: Consultationum Saxonicarum, a celeberrimis

und Polizei beschäftigen, und nur einige damit in Beziehung stehende Gegenstände des Privatrechts behandeln, Gerichtsordnungen, welche neben processualischen Bestimmungen auch auf einzelne Theile des Privatrechts mehr oder weniger planmäßig Bezug nehmen, Landrechte, welche recht eigentlich für die Feststellung und Aufzeichnung des Privatrechts be-

Wittembergensis et Lipsiensis Scabinatum Adsessoribus jussu Electoris Augusti decisarum Libri V. Ed. II. studio P. Fr. Mindani. Frcf. ad M. 1616. f. Ueber die Geschichte der Constitutionen s. Schletter die Constitutionen Kurfürst August's von Sachsen v. Jahre 1572 u. s. w. 1857. Als Erläuterung und Fortsetzung der Constitutionen sind zu betrachten die (91) älteren Decisionen v. 1661 im Cod. Aug. Bd. 1 S. 293—340, und die (40) neuen Decisionen v. 1746 im Cod. Aug. Cont. I. p. 346—362. — Gericht- u. Landordnung der Grafschaft Solms und Herrschaft Minzenberg (verfaßt von Joh. Fichard † 1581). Lich. 1599 u. Frankf. a. M. 1612 in fol., ebendas. 1688 u. 1716. 8.; nach der im J. 1571 zu Frkf. a. M. erschienenen ersten Ausg. abgedr. b. v. d. Nahmer Rheinisch. Particularr. Bd. 1 S. 1 ff. A. Carl über das von Joh. Fichard verfaßte Solmische Landrecht; in dessen Kleinen jurist. Aufsätzen. (Frkf. 1830. 8.) S. 1 ff. — Revidirte Landtsordnung d. Fürstl. Grafschaft Tyrol. v. 1532. gedr. nach 1538 s. l. et a. und Jnsprugg 1570. 4. Neue reformirte Landsordnung der fürstl. Grafschaft Tyrol. 1573. 4. — Landrecht des Erzstifts Trier aufgericht im Jahre 1668. Trier 1668. 4. Erneuert und vermehrtes Landrecht des Ertz-Styfts Trier ꝛc. aufgericht 1753. Coblentz 4., auch bei Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrechte. Bd. 2 S. 1 ff. u. b. v. d. Nahmer Rheinisch. Particularrecht. Bd. 2 S. 591 ff. — Würtembergisches Landrecht, erstes v. 6. Mai 1555; zweites v. 1. Jul. 1567; gedr. Tübingen 1567. f., auch b. A. L. Reyscher vollständige, historisch u. kritisch bearbeitete Sammlung der Würtembergischen Gesetze. Bd. 4 (enthaltend den ersten Theil der Sammlung der Gerichts-Gesetze. Stuttg. u. Tüb. 1831. 8.) S. 171 ff.; drittes unter d. Titel: Der Herzogth. Würtemberg Erneuert Gemein Land-Recht v. 1. Jul. 1610. Stuttg. 1626. f. 1653. 12. Tüb. 1658. f. 1680. 1743. 8., auch bei Reyscher a. a. O. Bd. 5 (enthaltend den zweiten Theil der Samml. der Gerichtsgesetze ebendas. 1832) S. 1 ff. Vergl. über die Geschichte der Landrechte Reyscher Würtemb. Privatr. Bd. 1 §. 31—35 u. Wächter Handb. des Würtemb. Privatr. Bd. 1 Abth. 1 §. 35—38. u. §. 48—50. Besonders die oben N. *) citirten Landrechtsacten.

stimmt sind, und einzelne Gesetze und Ordnungen, deren Gegenstände mannigfaltig, aber am häufigsten die Regalien, die Ehe und die Vormundschaft sind. Besonders häufig sind auch die hierher gehörenden einzelnen Lehnsgesetze[4]).

b) Gesetzbücher im heutigen Sinne[1]).

§. 23.

Von dieser Art der Gesetzgebung unterscheidet sich diejenige, durch welche man seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts in Preußen, den Rheinlanden und Oesterreich eine formell vollkommen neue Grundlage für das Privatrecht gewonnen hat. Das Preußische Landrecht[2]) hatte die Aufgabe erhalten, das gemeine Recht in seiner Bedeutung als

4) Beispiele: Kursächs. Lehensmandat vom 30. Apr. 1764 (im Codex August. p. 1021 und bei Zachariä Handbuch des K. Sächs. Lehnrechts S. 355 flg.). Altenburg. Lehnsmandat v. 5. Jan. 1795. Hinter-Pommerische Lehnsconstitution von 1691 (bei Schreber Anmerkungen darüber u. s. w. 1755. 4.). Gothaisch. Lehnsmandat vom 6. Jan. 1800. Bayer. Lehnsedikt v. 7. Jul. 1808. Bad. Edikt v. 1807 u. s. w. Aeltere siehe bei Lünig Corp. jur. feud. Tom. 2 und 3.

1) Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 618. Ueber den inneren Charakter dieser Gesetzgebungen vgl. Gaupp über die Zukunft des deutschen Rechts 1847. S. 42 flg.

2) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Berlin 1794. 4 Bde. oder 2 Thle. 8. (Publicirt am 1. Jun. 1794.) F. G. v. Strombeck Ergänzungen des allg. Landr., enthaltend alle noch geltenden, das allg. Landr. abändernden — — Gesetze, Verordn., Ministerialverfügungen. 3. Aufl. 3 Bde. 1829. Erster Nachtrag 1832. Zweiter Nachtrag 1833. — Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung u. Wissenschaft herausgegeben v. Gräff, v. Rönne und Simon. 2. Ausg. Bd. 1—10 1842—53. Bester Commentar: Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts von Bornemann. 2. Ausg. 6 Bde. 1842—45. Heydemann Einleitung in das System des Preußischen Civilrechts 1. Bd. 1861. Die Provinzialrechte sind noch nicht vollständig gesammelt, obschon die Vollendung derselben seit den erfolgreichen Arbeiten der letzten 10 Jahre in baldiger Aussicht steht. Vgl. Mittermaier Privatr. §. 18 n. 13 u. Kraut Grundr. S. 102 flg.

formelle Rechtsquelle zu beseitigen; es umfaßt hiernach das gesammte Privatrecht in allen seinen Theilen und gewährt über alle Institute desselben eine unter Einfluß damaliger Doctrin entstandene Bestimmung. Wie das gemeine Recht sollte es aber bloß subsidiarisch anwendbar werden, indem die Provinzialrechte anerkannt und officielle Sammlungen derselben veranstaltet wurden. — Das französische bürgerliche Gesetzbuch Napoleon's[3]) gesellt sich dem genannten Gesetzeswerke als zweites an, indem es in einem großen Theile der Rheinlande und in Baden (jedoch überarbeitet) seine zur Zeit der französischen Herrschaft gewonnene Geltung, nicht im Interesse der Anerkennung deutschen Rechtsbewußtseins, bewahrt hat; denn es beruht auf Täuschung, wenn ihm ein über die Gränzen seiner ursprünglichen Bestimmung hinaus reichender Werth zuerkannt wird. — Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch[4]) endlich herrscht in den (deutschen) Erblanden der österreichischen Monarchie und gilt, wie das französische Gesetzbuch, nicht als subsidiäre, sondern als alleinige Rechtsquelle. Die Kürze und Präcision seiner Bestimmungen lassen es zwar als empfehlenswerth erscheinen, aber der praktische Werth desselben wird bei seiner Unvollständigkeit bedingt werden durch die Förderung einer darauf gegründeten lebensvollen Rechtswissenschaft. — Auch diese Gesetzeswerke sind mit Ausnahme des französischen, dem höchstens eine ger-

3) Code Napoleon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden. Karlsruhe 1809. Erörterungen darüber von Brauer. 6 Bände. 1809—1813.

4) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1811. 3 Thle. Commentar darüber von F. v. Zeiller. 6 Bde. Wien 1811. Winiwarter das österr. bürgerl. Recht systematisch dargestellt und erläutert. 4 Bde. 1831—1837. 2. Aufl. 1840 flg. Unger System des österr. allg. Privatrechts, 2 Bde. 1856—59, eine sehr bedeutende Leistung.

manische Grundlage zuerkannt werden kann, Erzeugnisse des einheimischen Rechtsbewußtseins, hervorgegangen aus den fruchtbaren Bewegungen des deutschen Volksgeistes [5]). Auch sie bilden deshalb eine Quelle zur Erkenntniß des einheimischen Rechtes.

c) Stadtrechte.

§. 24.

Die weitere Entwickelung der städtischen Statuten geschah unter ganz gleichen Verhältnissen, als die der Landesgesetzgebung [1]). Fast in allen größeren (besonders Reichs-) Städten ließ man im funfzehnten und sechzehnten Jahrhunderte die hergebrachten Statuten durch des römischen Rechts Kundige reformiren und zu einer Gestalt umarbeiten, in welcher sie dem damals allgemein als richtig angenommenen Stande der Ansichten entsprachen. Diese Ueberarbeitungen geschahen meistens mit großer Willkür, so daß oft von dem eigenthümlichen früheren Statutenrechte einer Stadt in der neuen Form nur geringe Spuren sichtbar waren, ja man schätzte bisweilen das eigene Recht so wenig, daß man es vorzog, die Reformation einer beliebigen anderen Stadt ganz oder zum größten Theile zu übernehmen, als die selbstständige Ausbildung des eigenen Rechts zu beginnen [2]). Aber auch diese Stadtrechte [3]) sind nicht ohne Werth für das heutige deutsche

---

5) Die Geschichte dieser Gesetzgebungen siehe bei Ortloff Grundzüge S. 46 flg.

1) Vgl. Gerber a. a. O. S. 193 flg.

2) Auch hier lassen sich Gruppen unterscheiden, die jedoch erst vollständig werden, wenn man zugleich die Landrechte mit in diese Zusammenstellung nach dem Maßstabe der Verwandtschaft hineinzieht.

3) Die wichtigsten sind folgende: Reformationen von Frankfurt a. M. von 1509, von 1578 (durch Joh. Fichard) und von 1611 (wichtig sind Orth's Anmerkungen dazu. 5 Bde. 4. 1731—54). — Nüwe

Privatrecht, indem auch sie wesentlich dazu beigetragen haben, den gegenwärtigen Zustand des deutschen Rechts herbeizuführen.

Zweiter Abschnitt.

Hülfsmittel zur Erkenntniß des deutschen Privatrechts.

§. 25.

Die Erkenntniß des deutschen Privatrechts wird ganz vorzüglich durch die richtige und genaue Betrachtung der Geschichte[1]) des deutschen Volks und der deutschen Staatsentwickelung bedingt, indem die eigenthümliche Natur und Be-

---

Stattrechten und Statuten für Freiburg im Breisgau von 1520 (durch Ulrich Zasius). — Hamburger Gerichtsordnung und Statuten von 1603, revidirt 1605. Neu gedruckt 1771 und 1842 (die letztere Ausgabe enthält Anmerkungen und Nachweise der Quellen, unter denen bes. die nürnberger Reformation hervortritt). — Nürnberger Reformationen v. 1479, 1522 und die letzte (aber öfter gedruckte) v. 1564. — Das revidirte Lübische Recht von 1586 zeichnet sich vor den übrigen Reformationen vortheilhaft aus durch das Bestreben seiner Bearbeiter, so viel als möglich das alte lübische Recht, wenn auch in modernisirter Gestalt zu bewahren; wichtig ist der Commentarius in jus Lubeccense von Dav. Mevius 1664 u. öfter. Abhandlungen darüber von Stein. 5 Thle. 1738—45 und von Pauli 3 Thle. 1837—41. — Reformation von Worms v. 1498 und öfter. — Magdeburger reform. Willkühr und Statuten 1625. — Lüneburger Reformation von 1577 und öfter. — Cölner Statuta und Concordata von 1437 (gebr. nach 1570). — Mühlhäuser neue Statuten von 1692 und 1740.

1) Die scriptores rerum Germanicarum (gedruckt bei Pertz Monumenta Germ. hist. script. Tom. I—X) sind verzeichnet bei Dahlmann Quellenkunde der deutsch. Gesch. (1838. 2. Aufl.) und bei Wattenbach Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter bis zur Mitte des 13. Jahrh. 1858. Abgesehen von den hierher gehörenden allgemeinen Bearbeitungen der deutschen Geschichte oder einzelner Stämme und Länder, welche hier besonders aufzuführen nicht der Ort ist, ist obenan zu stellen Eichhorn's deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 4 Thle. 5. Aufl. Gött. 1843—44. Eine gründliche, vorurtheilsfreie Verfassungsgeschichte bereitet vor G. Waitz, von welcher vier Bände (Kiel 1844—1861)

schaffenheit dieses Rechts mehr als irgend ein anderes veranlaßt, die in der Geschichte liegenden Motive der Bildung und principiellen Entfaltung der Rechte aufzusuchen. Dieß um so mehr, da das deutsche Recht in der Zeit seiner Selbstständigkeit in der That mit den organischen Lebensverbindungen noch untrennbar verwachsen erscheint, und gewissermaßen nur die juristische Form des gesellschaftlichen Zustandes bildet; die Geschichte des Staats ist aber zur richtigen Kenntniß des Privatrechts erforderlich, weil eine lange Zeit hindurch das öffentliche Recht gar nicht als ein von dem Privatrechte unterschiedenes betrachtet wurde, sondern in den Formen des letztern vollkommen befangen lag [2]).

Ebenso wird auf der andern Seite die Erkenntniß des einheimischen Rechts durch die Verfolgung der germanischen Rechtsbildung im Auslande unverkennbar gefördert [3]). Die Vergleichung des Wachsthums einer germanischen Wurzel unter

erschienen sind. Von geringerer Bedeutung ist die deutsche Gesch. mit bes. Rücksicht auf Religion, Recht und Staatsverfassung (2 Bde. 1832 und 34) und die deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte von Phillips (1859). Brauchbar als kürzeres Lehrbuch ist Zöpfl's deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Aufl. 1858, und als Repertorium der Literatur Gengler's deutsche Rechtsgeschichte im Grundrisse (bis jetzt 2 Hefte 1850). Eine sehr tüchtige deutsche Rechtsgeschichte hat Walter (2. Aufl. 1857) herausgegeben, welche auch die Geschichte des Privatrechts umfaßt. Das neuste Werk ist: v. Daniels Handbuch der deutschen Reichs- und Staatenrechtsgeschichte, bis jetzt 4 Bde. 1859—1863. Eine treffliche Sammlung von historischen Einzelnheiten liefern J. Grimm's deutsche Rechtsalterthümer 1828, und werthvolle Notizen auch Sachße histor. Grundlagen des deutsch. Staats- u. Rechtslebens. 1844. (Dadurch sind die früheren Grupenschen und Dreyerschen Werke entbehrlich geworden.) — Die Rechtsgeschichte an sich kann hier nicht als Hülfsmittel aufgeführt werden, da ihre besondere Bedeutung schon oben §. 8 ausgeführt wurde. Ueber die Hülfsmittel der Geschichte, als Sprachkenntniß, Numismatik, Diplomatik u. s. w., vgl. Dahlmann a. a. O. S. 5—7.

2) S. Gerber über öffentliche Rechte 1852.

3) Ganz besonders ist hier hervorzuheben das nordische Recht, mit

den Einflüssen einer fremden Nationalität mit der Entwickelung des gleichen Keims in Deutschland gewährt oft überraschende Aufschlüsse und lehrt namentlich die organischen Bildungen von den rein zufälligen trennen. Darauf aber muß auch der Gebrauch der fremden Rechte beschränkt bleiben, und es ist eine nicht zu billigende Methode, nach welcher dieselben zur Unterstützung jedes deutschen Rechtssatzes schon dann herbeigezogen werden, wenn sie ihn nur in vielleicht ähnlicher Weise aussprechen.

Drittes Capitel.

Literatur des deutschen Privatrechts.

§. 26.

Erst im Anfange des vorigen Jahrhunderts hat das deutsche

---

dessen Anwendung auf das deutsche Recht in neuerer Zeit freilich oft zu weit gegangen wird (vgl. Jacob Grimm in Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 3 S. 73 flg. Wilda Strafrecht d. Germanen S. 7 flg. Paulsen über das Studium des nordischen Rechts 1826. Maurer in der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft B. 1 München 1854. S. 47. 277 flg. Schildener Beiträge zur Kenntniß d. Germ. R. St. 1. 1821 und dessen Vorrede zur Ausg. d. Guta Lagh. 1818); ferner das englische Recht (Phillips englische Reichs- und Rechtsgeschichte seit 1066. 2 Bde. 1827 und 28); das französische Recht (vgl. besonders Warnkönig und Stein französische Staats- und Rechtsgeschichte. 3 Bde. 1845—48. Schäffner Gesch. der Rechtsverfassung Frankreichs. 4 Bde. 1845—50); das niederländische Recht (Warnkönig flandrische Staats- u. Rechtsgeschichte 3 Bde. 1835—42); das schweizerische Recht ist größtentheils nicht ausländisches germanisches, sondern wirklich deutsches Recht, weshalb seine Literatur unmittelbar hierher gehört. Daraus ist schon hier hervorzuheben: Bluntschli Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt Zürich. 2 Thle. 1838—39. Recht der russischen Ostseeprovinzen (hier sind namentlich die über das mittlere livländische Ritterrecht (1817), das liv- und esthländische Privatrecht (1837 u. 38. 2. Aufl. 1. Bd. 1847) und das revaler Stadtrecht (1844. Bd. 1) gelieferten Arbeiten von F. G. v. Bunge zu erwähnen) und endlich die mittelalterlichen italienischen Statuten. Die ausführlichste Quellenangabe siehe bei Mittermaier d. Privatrecht §. 43 in den Noten.

Privatrecht die zu seiner wissenschaftlichen Ausbildung nothwendige Selbstständigkeit auch in der äußeren Form erhalten, indem es aufhörte, in einzelnen abgerissenen Sätzen als Modification des römischen Rechts im usus modernus Pandectarum[1]) aufgeführt zu werden.

Zwar hat nun das deutsche Privatrecht seine eigene Literatur erhalten und ist namentlich in neuster Zeit Gegenstand einer warmen und vielseitigen Theilnahme geworden; aber es fehlt noch viel, daß man sagen könne, es sei hier dieselbe dogmatische Durchbildung gewonnen, wie für das römische Recht. Die Hauptschuld liegt dabei an dem Mangel oder der Irrigkeit des obersten Princips, das sich die meisten Schriftsteller voranstellen.

Die Lehr- und Handbücher des deutschen Privatrechts aus dem vorigen Jahrhundert seit dem ersten von Georg Beyer († 1714) sind zum Theil ganz unwissenschaftliche, ohne hinreichende Kenntniß der Geschichte und Ahnung eines Princips gefertigte Compilationen alter und neuer Stoffe[2]), zum Theil abgeschmackte Sammlungen s. g. praktischer Notizen und Materialien[3]), zum Theil stofflose und definitionenreiche Systeme

1) Hierher gehören die Schriften: J. Schilter Praxis juris Romani in foro Germanico juxta ordinem pandectarum (auch unter d. Titel: Exercitationes ad Pandectas) cum praefat. Ch. Thomasii. 1733. fol. — Sam. Stryk Usus modernus pandectarum 1690 u. öfter. — A. de Leyser Meditationes ad pandectas. ed. 2. 1772. 12 Voll. 13. 1780. — J. H. Boehmer Exercitationes ad Pandectas. 6 Voll. 1745—1764.

2) Dahin gehören: G. Beyer delineatio juris Germanici cura Griebneri 1718. Cura Hoffmanni 1723. — Heineccii Element jur. Germ. tum veteris tum hodierni. 2 Tom. 1736—37. — J. R. Engau Elementa jur. Germ. civilis veter. pariter ac hodierni. ed. 3. 1748. — Eisenhart Institutiones juris Germ. priv. ed. 3 1775. — B. Schmid principia juris Germ. antiquissimi, antiqui, medii pariter ac hodierni. 1755.

3) Dahin gehört: J. G. Estor bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen u. s. w. ausgefertigt v. J. A. Hofmann. 1757—67. 3 Thle.

mit sichtbarem Einfluß des alten Naturrechts[4]). Auch Runde hat sich von diesem nicht frei erhalten, obschon er zum ersten Male den reichen Stoff des deutschen Privatrechts in wissenschaftlicher Form und in seiner ganzen Fülle ausgebreitet hat[5]).

Das Verdienst eines ausgezeichneten Fortschritts in dieser Wissenschaft gebührt K. F. Eichhorn, der durch seine großartige deutsche Staats- und Rechtsgeschichte eigentlich erst einen sicheren Boden geschaffen und in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht[6]) im Maß und der Anordnung des Stoffs von wahrhaft wissenschaftlichen Principien geleitet wurde. Obschon seine Nachfolger[7]) bald durch reichere Samm-

---

4) Dahin gehört: J. G. Pütter Elementa jur. Germ. priv. hodierni. ed. 3. 1776. — J. H. Ch. de Selchow Elementa jur. Germ. priv. hodierni. ed. 8. 1795. — Ch. A. Goede jus Germ. priv. 1806. — Teutsches Privatrecht von Krüll. 1805. 2. Aufl. 1821. — (Zu keiner Richtung gehört: Grundf. des deutschen Privatrechts u. s. w. von Rößig. 1797.)

5) J. Fr. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 1791. 8. Aufl. v. Chr. L. Runde. 1829. Commentar dazu: W. A. F. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 10 Bde. 1800—23. (Bd. 8 von Schott, Bd. 9 und 10 von Griesinger.)

6) K. Fr. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehnrechts. 5. Aufl. 1845.

7) C. J. A. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts. 7. Aufl. 1844. 2 Bde. — G. Phillips Grundsätze des gem. d. Priv.-R. mit Einschl. d. Lehnrechts. 3. Aufl. 2 Bde. 1846—47. — R. Maurenbrecher Lehrbuch des gesammten heutigen gem. deutsch. Privatrechts. 1834. 2 Bde. (2. Aufl. 1. Bd. 1840. 2. Bd. 1855). — C. W. Wolff Lehrb. des gem. deutschen Privatr. 1. Bd. 1843. — G. Beseler System des gem. deutschen Privatrechts. 3 Bde. 1847—1855. — Hillebrand Lehrbuch des heutigen gem. deutschen Privatrechts. 1849. — Renaud Lehrb. des gemeinen deutschen Privatrechts. 1. Bd. 1848. — Bluntschli deutsches Privatrecht 2 Bde. 1853 und 54. — Walter System des gem. deutschen Privatrechts. 1855. — Sehr werthvolle Erörterungen enthält Thöl's Einleitung in das deutsche Privatrecht 1851, und das

lung und Berücksichtigung der Materialien, bald auch bisweilen durch Berichtigungen des Einzelnen Verdienstliches geleistet haben, so fehlt ihren Arbeiten doch zu häufig die scharfe kritische Sichtung des Stoffs, die wahrhaft juristische Construction der Institute und das wissenschaftliche Maß in der Aufnahme der Gegenstände; hierin sind sie also zum Theil hinter Eichhorn zurückgeblieben.

Wahrhaft verdienstvoll sind die in der Form von Grundrissen mit hinzugefügten Anmerkungen oder Quellenbelegen in neuerer Zeit gelieferten Arbeiten, indem durch sie recht eigentlich einer auf guter Grundlage ruhenden Dogmatik vorgearbeitet wird [8]).

Auch hat es nicht an guten und fördernden Bearbeitungen einzelner Stoffe gemangelt, welche bald als Monographieen [9]), bald als kleinere Abhandlungen erschienen sind [10]).

Werk: Die materielle Uebereinstimmung des römischen und germanischen Rechtsprincips von F. v. Hahn. 1856.

8) Grundrisse von Weiße (1832. 2. Aufl.), von Dieck (1821) und Mittermaier (1821). Ausgezeichnet sind die Arbeiten von Ortloff (Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts. 1828) und Kraut (Grundriß zu Vorlesungen des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. 1856). Das Werk von Ortloff hat zum ersten Male eine mit diplomatischer Genauigkeit und großer Literatur- und Quellenkenntniß ausgeführte Grundlage geboten, deren Werth durch viele eingestreute geistvolle Bemerkungen erhöht wird; das Werk von Kraut enthält eine treffliche Chrestomathie der Quellen (ein kleines deutsches Corpus juris). — Dahin gehört auch: Gengler Lehrbuch des deutschen Privatrechts (2 Bde. 1854—62), in welchem viele brauchbare Notizen mit Fleiß zusammengestellt sind.

9) Hierher gehören namentlich auch die unten anzugebenden gesonderten Bearbeitungen des Lehnrechts, des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Die Monographieen über einzelne Institute des Privatrechts werden an den dazu passenden Stellen ihre Erwähnung finden.

10) Während früher die einzelnen Ausführungen entweder in akademischen Gelegenheitsschriften veröffentlicht wurden, deren Einsicht jedoch in seltenen Fällen durch Erfolg belohnt wird, oder in fortlaufenden

Ganz besonders wünschenswerth wäre aber eine wissenschaftlichere Behandlung der Particularrechte [11]. Nur dadurch kann der Vollendung der Wissenschaft des deutschen Privat-

---

Heften eigener Abhandlungen (oft im Anschluß an gerichtliche Erkenntnisse) unter den verschiedensten Titeln (Nebenstunden, Magazin, Beiträge, Abhandlungen, Polemik, Ausführungen u. s. w.), wählt man jetzt die in neuerer Zeit häufig werdenden Zeitschriften zur Bekanntmachung kleinerer Aufsätze und Abhandlungen. Solche auf das deutsche Recht Bezug habende Ausführungen enthalten auch die für das letztere nicht ausschließlich bestimmten Zeitschriften, als die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, die Zeitschrift für Rechtsgeschichte (1. Bd. 1862), das Rhein. Museum für Jurisprudenz, die Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, das Archiv für civilistische Praxis, die Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Rechts von Gerber und Ihering, und das Jahrbuch von Bekker und Muther. Bloß für deutsches Recht bestimmte Zeitschriften sind: Eranien zum deutsch. Privatrecht, Lief. 1 (von Dalwick herausg.) 1825. Lief. 2 u. 3 (von Falck) 1826 und 1828. Dann die Zeitschrift für deutsches Recht u. deutsche Rechtswissenschaft herausg. von A. L. Reyscher u. W. E. Wilda (seit dem 9. Bde. auch von Beseler und seit dem 17. auch von Stobbe) seit 1839. Sie ist mit dem 20. Bande geschlossen.

11) Hervorzuheben sind hier: Haubold Lehrbuch des sächs. Privatrechts. 1820 — Sachse Handb. des großherz. Sächs. Privatr. 1824. — Heimbach Lehrb. des particul. Privatr. der zu den O.-A. Jena und Zerbst vereinten Länder. 1848. (Citirt: Heimbach Sächs. R.) — Weißhaar das würtemb. Privatr. 3. Ausg. 3 Thle. 1831—33. Reyscher das gemeine u. würtemb. Privatrecht. 2. Aufl. 1846 bis 1848. 3 Bde. Wächter Handbuch des im Königreich Würtemb. geltenden Privatrechts (bis jetzt 2 Bde. 1839—51). — N. Falck Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatr. (bis jetzt) 4 Bde. 1825—40. 5. Bd. 1. Abth. 1848. Grefe Leitfaden zum Studium des Hannoverschen Privatr. 1. Th. 1838. 2. Th. 2. Aufl. 1845. Steinacker particulares Privatr. v. Braunschweig. 1843. Roth und v. Meibom Kurhessisches Privatr. 1. Bd. 1857. Baumeister das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg. 2 Bde. 1856. Zu nennen sind hier auch die gediegenen Bearbeitungen preußischer Provinzialrechte von Wigand, und die höchst verdienstliche Bearbeitung des österreichischen Privatrechts durch Unger (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 1 u. 2 1856 u. 1859).

rechts vorgearbeitet und die Schwierigkeit gehoben werden, welche noch häufig der Anerkennung seiner wahren Stellung und Bedeutung im Wege steht. Es sind aber damit nicht bloß die an sich schätzbaren Stoffsammlungen gemeint, welche in neuerer Zeit häufiger und vorzüglicher angelegt worden sind, sondern vollständige, nach wissenschaftlichen Grundsätzen geleitete Ausführungen alles in einem Einzelstaate geltenden Rechts nach dem trefflichen Muster der von Wächter für Würtemberg gelieferten Arbeit.

Erster Theil.

Die allgemeinen Grundlagen des Privatrechts.

Erstes Capitel.

Von der Entstehung des Rechts.

Allgemeines.

§. 27.

Die Lehre von der Entstehung des Rechts, welche in gleicher Weise aus den Zeugnissen des römischen wie des deutschen Rechts gewonnen werden könnte, pflegt in den Pandektensystemen vollständig ausgeführt zu werden. Ihr schließt sich das hier zu Erörternde an, indem es die besonderen Beziehungen des deutschen Rechts zu dieser Lehre berücksichtigt und zur Geltung bringt. Hiernach bedarf das gesetzliche Recht an dieser Stelle keiner besonderen Besprechung.

1) Gewohnheitsrecht.

§. 28.

Daß die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts [1]) in der

---

1) Gegen die im Wesentlichen allein richtige Theorie Puchta's (Gewohnheitsrecht 2 Thle. 1828 und 1837) ist nicht selten vom germanistischen Standpunkte aus Einspruch erhoben worden; jedoch ohne genügenden Grund. Viele der gemachten Einwendungen erklären sich daraus, daß sich die ältere deutschrechtliche Literatur gegenüber den Fortschritten der romanistischen abschloß und manchen Irrthum noch festhielt, der in

Rechtsüberzeugung des Volkes als nationaler Einheit, sei es des gesammten deutschen Volks, oder nur eines Theils desselben [2]), begründet liege, wird durch die Praxis und Geschichte des deutschen Rechts eben so sehr bestätigt, als der andere Satz, daß diesem Gewohnheitsrechte eine ganz gleiche Wirksamkeit wie dem geschriebenen Rechte zukomme. Obschon nun die Grundsätze des römischen Rechts über die Erkenntnißquellen des Gewohnheitsrechts im Allgemeinen ebenfalls vom deutschen Rechte anerkannt werden, so verdienen doch einzelne

---

dem anderen Gebiete des Privatrechts längst als solcher erkannt war. So sagt man: 1) das Gewohnheitsrecht solle auf der Autonomie der Privaten beruhen (Reyscher Würtemb. Privatr. §. 65); 2) seine Geltung liege in der Uebung und Gewohnheit (Beseler Volksrecht u. Juristenrecht. 1843. S. 77. 81); nur dieß muß eingeräumt werden, daß die Gewohnheit allerdings die alleinige Manifestationsform des Gewohnheitsrechts ist, da nur aus diesem stillen, thatsächlichen Ueben die Erkenntniß einer wahren im Gegensatz einer „gemachten" Rechtsüberzeugung hervorgeht. Ein productiver Factor dagegen ist die Gewohnheit nicht. 3) Theilweise gehört hierher, was Walter deutsch. Pr.-R. §. 24, 1 räsonnirt, woraus hervorgeht, daß er Puchta nicht richtig aufgefaßt hat; 4) Verwechselung des Gewohnheitsrechts mit dem sog. Herkommen, worunter nur eine einzelne durch Zeitdauer (unvordenkliche Zeit, Verjährung) entstandene Befugniß (z. B. die Zehntberechtigung) oder Gerechtsame verstanden werden sollte, bei welcher zwar ebenfalls eine Gewohnheit, aber in ganz anderer Bedeutung vorkommt (Weiske Prakt. Ausführungen. 2. Heft 1846. S. 22). Ueber die verschiedenen möglichen Bedeutungen des unklaren Wortes Herkommen s. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 114 flg. und Vorlesungen üb. d. heut. Pr.-R. Bd. 1 S. 26. Ueber Herkommen und Observanz bei Stiftungen, als Fortsetzung des Stiftungswillens s. Gerber im Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 S. 57.

2) Hiermit soll die nach dem gegenwärtigen Standpunkt der Lehre über das Gewohnheitsrecht wohl als für immer beseitigt erscheinende Frage beantwortet werden, ob es gemeine Gewohnheitsrechte gebe und solche noch jetzt entstehen könnten. Beides ist von Hufeland Beiträge zur Berichtigung — d. posit. Rechtsw. (1792) St. 1 N. 1 verneint worden.

derselben namentlich hervorgehoben zu werden, indem ihr Gebrauch für das letztere von ganz besonderer Wichtigkeit ist [3]). Dieß ist der Fall mit den die Existenz eines Gewohnheitsrechts unmittelbar bezeugenden Urtheilen und Erklärungen der Gerichte, an die Weisthümer und die eidliche Kundschaft der Schöffen erinnernd, sowie mit den auf ursprünglicher Anschauung beruhenden Zeugnissen Sachverständiger, besonders der gewerblichen Verbindungen [4]). Auch die Rechtssprüchwörter, welche im Munde des Volks leben und in Deutschland in großer Mannigfaltigkeit vorhanden sind, gehören hierher; ihre Anwendung darf aber nur mit großer Vorsicht geschehen, da sie oft vieldeutig und nichtssagend, oft selbst irrthümlich für ganz fremdartige Rechtsinstitute im Gebrauche geblieben sind [5]); oft wollen sie gar kein Recht, sondern nur eine Sitte aussprechen, da in Deutschland selbst jetzt noch Beides so häufig in unklarer Verbindung steht.

---

3) In der That beruht das deutsche Recht zum größten Theile auf Gewohnheitsrechte. Nachdem sich aber die Rechtswissenschaft dieses Stoffes schon längst bemächtigt hat, so ist für viele Institute die nächste Erkenntnißquelle das Zeugniß der juristischen Literatur geworden.

4) Vergl. die Continuatio des Reichsabschiedes punct. commerciorum betreffend vom Febr. 1671. S. besonders Puchta Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 120—146. — Uebrigens darf man bloße s. g. Gebräuche i. e. S. (z. B. Handelsgebräuche) nicht mit Gewohnheitsrecht verwechseln; jene sind nicht Rechtssätze, sondern thatsächliche Uebungen, deren Regel als vermutheter Inhalt des Parteiwillens bei gewissen Rechtsgeschäften zu gelten hat. Im deutschen Handelsgesetzb. wird unter dem Ausdruck „Handelsgebräuche" der eben genannte Begriff und das Gewohnheitsrecht zugleich verstanden.

5) J. F. Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern mit Anmerkungen erläutert, 1757. N. Ausg. v. L. E. Otto. 1823. Hillebrand deutsche Rechtssprichwörter 1858. Puchta a. a. O. S. 148 u. f.

2) Autonomie?

§. 29.

Die bisherige Lehre war folgende. Es gebe in Deutschland Rechtssätze, welche nicht in der gesetzgebenden Gewalt oder in der Rechtsüberzeugung des Volks, sondern in der Bestimmung Einzelner ihren Grund hätten. Dieß sei das aus der Autonomie entspringende Recht, d. h. der gewissen Personen zukommenden Befugniß, für die ihrer Wirksamkeit unterworfenen Verhältnisse Bestimmungen mit der Kraft von Rechtssätzen zu ertheilen, welche auch für Dritte verbindlich seien. Diese Befugniß hätte heutzutage 1) der hohe Adel und die ehemals reichsunmittelbare Ritterschaft. Von diesen Berechtigten werde die Autonomie in den mannigfachsten Formen ausgeübt, in Familienverträgen, Testamenten, Hausgesetzen, auch in der Form bloß gewohnheitlicher Uebung, Observanz. Sie erstrecke sich auf die Succession, die Vormundschaft, die persönlichen Verhältnisse der Familienglieder und auf das Vermögen. Ihre Gränze liege in dem Ausschlusse jeder Disposition über staatsrechtliche Verhältnisse und über Rechte Dritter. 2) Die Stadt- und Dorfgemeinden, obschon die ehemals diesen Corporationen zustehende Befugniß, wirkliche Gesetze zu ertheilen, jetzt nur unter Voraussetzung der Bestätigung durch die gesetzgebende Gewalt ausgeübt werden könne. Manche schreiben auch Privatcorporationen und sonstigen Genossenschaften diese Autonomie zu. 3) Gerichtshöfe und Behörden übten noch heutzutage ein theils in ausdrücklichen Beschlüssen, theils in Observanzen sich aussprechendes Recht der Autonomie für die Feststellung der äußeren Geschäftsformen aus[1]).

---

1) S. z. B. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 106 flg. Ebenso die früheren Auflagen dieses Systems.

Diese Lehre ist unrichtig[2]). Es giebt heutzutage keine Autonomie in der Bedeutung einer Rechtserzeugung. Denn was 1) die angebliche Autonomie des Adels betrifft, so besteht sie lediglich in der Befugniß dieses Standes, seine eigenthümlichen Interessen durch Anwendung von Instituten zu befriedigen, welche das deutsche Recht für sie speciell geschaffen hat — Familienfideicommisse mit oder ohne Individualsuccession, Stammgüter, Erbverbrüderungen, Familienstiftungen nebst allen jenen vielfachen Nebenbestimmungen, zu deren Aufnahme diese Institute fähig sind. Es handelt sich also nicht um eine Begründung von Rechtssätzen, sondern von Rechtsverhältnissen. Zu jener irrigen Auffassung gab Veranlassung einmal der Umstand, daß man seit der Reception des römischen Rechts ein abgeschlossenes System des Privatrechts bildete, in welchem jene aus freier und ursprünglicher That eines besonderen Standes entwickelten Institute keinen Platz fanden[3]), die man nun, da sie einmal nicht mehr verdrängt werden konnten, in ihrem rechtlichen Bestande durch Annahme einer ausnahmsweisen angeb-

2) Die Begründung der folgenden Darstellung siehe bei Gerber über den Begriff der Autonomie im Archiv für civil. Praxis Bd. 37 S. 35 flg. (1854). Gegen diese Ansicht: Maurer kritische Ueberschau der deutschen Gesetzg. u. Rechtswissensch. Bd. 2 S. 229 flg. Zöpfl Staatsrecht 4. Aufl. §. 313 flg. Jolly kritische Ueberschau Bd. 6 S. 330 flg. Hermann de autonomia jur. Germ. fonte, 1859. Dagegen wieder Gerber in s. u. Jhering's Jahrb. Bd. 3 S. 411 flg. (1859).

3) Ein höchst interessantes Zeugniß eines scharfen Beobachters aus der Zeit, da der Proceß dieser theoretischen Entwickelung begonnen hatte, ist das von Zasius, welcher sich (respons. sing. L. 2 Cap. 7) über Erscheinungen der angegebenen Art — freie deutsche Rechtshandlungen ohne Anlehnung an ein schon fertiges Institut — so ausdrückt: in ordinationibus successoriis, quibus tota Germania est referta, hoc videre licet: hae enim nec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nuptias, nec plane pactum, sed est voluntas in genere.

lichen Gesetzgebungsgewalt des deutschen Reichsadels [4]) rechtfertigte; sodann der weitere Umstand, daß diese Verfügungen wegen ihrer Wirksamkeit auf eine unbestimmte Zukunft und auf nicht individuell bestimmbare zukünftig entstehende Subjecte eine gewisse Aehnlichkeit mit Gesetzen hatten [5]). Nachdem aber das heutige System des deutschen Privatrechts jene Institute mit eben dieser Eigenthümlichkeit in sich aufgenommen und das in ihnen ausgesprochene Princip einer erweiterten Möglichkeit, Willensacte mit zukünftig bindender Kraft zur Erhaltung der Familienindividualität in der Geschichte vorzunehmen, anerkannt hat, kann ihre Anwendung nicht mehr als eine Rechtserzeugung für einzelne Fälle betrachtet werden. Verfügungen des hohen und niederen Reichsadels über Güter= und Familienverhältnisse, welche auf eine unbegränzte Zukunft wirken sollen, haben demnach einen rechtlichen Bestand nur unter der Voraussetzung, daß sie eines jener oben genannten Institute nach Maßgabe seiner Regeln realisiren. Was die deutsche Bundesacte [6]) fest=

---

4) S. z. B. Knipschild de fideicom. VI, 46.

5) Es ist eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts, daß es durch Vermittelung gewisser Institute (Stiftung, Familienfideikommiß, Erbverbrüderung) die Begründung von Berechtigungen zukünftig entstehender, jetzt noch unbestimmter Subjecte zuläßt. S. auch Gerber in seinen und Ihering's Jahrbüchern (Bd. 1 1857) S. 84 flg.

6) Bundesacte Art. 14: „Es werden (2) nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge [der Mediatisirten und der Reichsritterschaft] aufrecht erhalten, und ihnen die Befugniß zugesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverain vorgelegt und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen. Alle bisher dagegen erlassenen Verordnungen sollen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar sein." Controverse, ob diese Schlußworte nur auf künftige Acte, oder auch (nach der wohl richtigeren Ansicht) auf die durch die Rheinbundsacte aufgehobenen Verfügungen zu beziehen sind? S. Za=

setzt, besteht nur darin, daß jenen Ständen die Befugniß, sich der genannten Rechtsinstitute zu bedienen, gegenüber der Territorialgesetzgebung, welche oftmals ihre Existenz bedroht hat, garantirt wird. Ueber die Form derselben — ob Verträge oder Testamente nöthig, ob der Senior (das Familienhaupt) allein oder nur in Verbindung mit den Agnaten handeln könne — läßt sich eine Entscheidung nur aus den Verhältnissen des concreten Falls ermitteln; eine allgemeine Bestimmung ist jedoch die, daß solche Verfügungen wegen ihrer weitgreifenden öffentlichen Bedeutung dem Souverain vorgelegt und durch die höchsten Landesstellen publicirt werden müssen, und erst von diesem Augenblicke an verbindliche Kraft haben[7]). — 2) Die ehemalige gesetzgebende Gewalt der Gemeinden ist längst in dem ausschließlichen Hoheitsrechte des Staats untergegangen, und weder die geschäftlichen und polizeilichen Anordnungen, noch die freie Vermögensverwaltung *) der Magistrate können als Acte einer

---

chariä deutsches Staats- und Bundesrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 481. — Was die Observanz betrifft, als eine angebliche Rechtsquelle, welche innerhalb der Sphäre der Autonomie dem Gewohnheitsrechte im allgemeinen Rechte entsprechen soll, so vgl. darüber Gerber a. a. O. des Archivs für civ. Pr. S. 56 flg.

7) Diese Bestimmung des Art. 14 der B.-Akte ist von der Landesgesetzgebung verschieden aufgefaßt worden, die bald bloße Kenntnißnahme bald Bestätigung des Souverains fordert. S. Zachariä a. a. O. S. 483.

*) Hierzu müssen auch die Bestimmungen gerechnet werden, welche sich auf die Ordnung der Allmendbenutzung, insbesondere der Gemeindetrift und des Holz- und Streuholens beziehen, und einen regelmäßigen Gegenstand s. g. Ortsstatute, auch besonderer Gemeinde-Hutordnungen bilden. Denn immer handelt es sich hier um eine Verfügung über Corporationseigenthum, welche sich von der Verfügung eines Privatmanns nur dadurch unterscheidet, daß die Gemeindebehörde als Localobrigkeit durch Strafandrohungen ihren Anordnungen Nachdruck verschaffen kann. — Noch weniger kann man in Bezug auf das Recht der Gemeinde, die Ortsbürger zu besteuern, an eine gesetzgebende Gewalt denken.

legislativen Befugniß aufgefaßt werden [8]). Noch weniger ist dieß zulässig bei den Statuten von Privatcorporationen und Gesellschaften. Ueberall handelt es sich hier nur um die Anwendung bestehender Rechtsregeln und die Ausführung objectiv anerkannter Möglichkeiten. 3) Die angebliche Autonomie der Behörden endlich bezieht sich gar nicht auf Gegenstände, welche in das Gebiet des Rechtes fallen (Festsetzung äußerer Geschäftsformen) [9]).

3) Recht der Wissenschaft [1]).

§. 30.

Mehr als irgend ein anderes bedarf das deutsche Recht der Unterstützung durch die Wissenschaft. Denn weder das Gewohnheitsrecht, noch die Gesetzgebung haben vermocht, die durch die Aufnahme des römischen Rechts zerstreuten und

---

8) Wenn ein städtisches Statut der älteren Art noch jüngst als Gesetz bestand, und es wird ein neues Landesgesetz gegeben, welches sich über sein Verhältniß zu jenem nicht ausspricht, so kann die Entscheidung über das letztere nur aus einer besonderen Prüfung der Tendenz des neuen Gesetzes gewonnen werden.

9) Das s. g. jus curiae feudalis, d. h. das an einzelnen Lehnshöfen geltende, die inneren Verhältnisse der Lehnspersonen bestimmende Recht, welches theils auf Beliebungen des Lehnsherrn allein beruht, denen sich die Vasallen im Lehnsvertrage unterwerfen, theils auf Verträgen zwischen Lehnsherrn und Vasallen, gehört natürlich ebensowenig hierher.

1) Vgl. Puchta Gewohnheitsrecht I. S. 161 flg. II. S. 14 flg. Pandekten §. 16. Savigny System des heut. Röm. Rechts I. §. 14. 19. 20. — Was Beseler System des deutschen Privatr. S. 130 flg. (und schon früher in seinem Volksrecht und Juristenrecht) unter Juristenrecht versteht, ist nicht sowohl eine eigenthümliche Rechtsquelle, als vielmehr ein besonders qualificirter Theil des Gewohnheitsrechts, nämlich derjenige, bei welchem, „begünstigt durch die Lässigkeit der Gesetzgebung," der Juristenstand eine ausschließliche Macht über das Recht erworben und den Einfluß des Volks verdrängt hat. Es ist nicht eine juristische, sondern (ich möchte sagen) pathologische Charakteristik der Rechtsquelle.

zerrissenen Elemente des einheimischen Rechts wieder zu beleben und in die gebührende Stellung einzuführen. Vielmehr war und ist es Sache der Wissenschaft, die aufgehaltene Rechtsbildung zu ersetzen, die einzelnen Bruchstücke des einheimischen Rechts zu sammeln, aus ihrer Geschichte die innere Natur derselben zu ermitteln, aus den gewonnenen Principien ergänzende Grundsätze ausfließen zu lassen, welche sich zu einem Institute vereinigen, dieses selbst wieder mit dem gesammelten Materiale auszubilden und in das System einzufügen[2]). Allerdings ist diese Thätigkeit immer nur eine construirende, welche ein Gegebenes voraussetzt, das sie zum wissenschaftlichen und lebendigen Bewußtsein fördert; auch ist das Ergebniß derselben kein unbestreitbares, wie das sonstige Recht, sondern nur durch seine innere Wahrheit bindend, welche deshalb die fortdauernde Bedingung seiner Auctorität ist[3]); aber doch ist es nothwendig, diese freiere Schöpfung, welche namentlich, obschon nicht ausschließlich, in der formellen Ausbildung sich bethätigen wird, von der bloßen Interpretation zu trennen, von welcher sie zwar nicht durch Ungleichartigkeit, wohl aber durch Potenzirung ihrer Kraft verschieden ist[4]). Die Interpretation bringt das Recht zum

2) Juristische Consequenz und Anwendung der Analogie sind die hauptsächlichsten Mittel zur Erreichung dieses Zieles.

3) Die communis opinio der Schriftsteller hat die Bedeutung einer Vermuthung der Wahrheit, welche aber natürlich durch genaueres Erforschen berichtigt werden darf. Ebenso die öfter in gleicher Weise wiederholten Entscheidungen höherer Gerichte.

4) Die Potenzirung der Kraft der Interpretation steigert sich hier bis zu einem solchen Grade, daß sie in das Gebiet der Production hinüberschweift, ohne jedoch aufzuhören, in der letzten Instanz eine Erklärung zu sein. Denn indem der im positiven Rechte vorhandene Keim erschlossen und als ein ausgebildetes Rechtsinstitut der Gegenwart aufgestellt werden soll, ist zwar einerseits nur eine Entwickelung des Inhalts jenes Keims gefordert (Interpretation), andererseits aber die

Bewußtsein durch Darlegung seines Inhalts, die producirende Wissenschaft durch Aus- und Aufbau seines Materials[5]).

Dieser Thätigkeit ist der gegenwärtige Zustand des deutschen Rechts zum größten Theile zu verdanken. Von ihr ist aber wohl zu unterscheiden jene andere Wirksamkeit der Juristen für die Erzeugung des Rechts, bei welcher sie nur die Organe zur Bildung eines Gewohnheitsrechts werden, das sie als die Kundigen im Volke aussprechen[6]).

Zweites Capitel.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften in Rücksicht auf die Verschiedenheit ihrer Herrschaftsgebiete.

1) Innere Gränzen.

§. 31.

Es liegt in der Natur der Verhältnisse begründet, daß bei dem Zusammentreffen mehrerer einheimischer Rechtsvorschriften, deren Wirksamkeit in Rücksicht auf ihre Ausdehnung verschieden ist, derjenigen der Vorzug gegeben wird, welche unter dem Einflusse der dem fraglichen Subjecte oder Rechtsverhältnisse am nächsten liegenden rechtserzeugenden Kräfte entstanden ist. Es wird daher zuerst das nächste

---

Zuthat einer solchen Menge von Materialien, daß eine wirkliche Schöpfung entsteht. Eine scharfsinnige Analyse dieses Verfahrens giebt Thöl Einleit. in d. deutsche P.-R. S. 140 flg. S. auch v. Scheurl Beiträge zum röm. Recht 1852. S. 121 flg. und Ihering Geist des röm. Rechts. 1. Bd. S. 29. 2. Bd. 2. Abth. (Theorie der juristischen Technik).

5) Die richtige Auffassung der verschiedenen Formen des Verhältnisses der Wissenschaft zum Stoffe giebt Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern Bd. 1 (1857) S. 1 flg.

6) Dahin gehört namentlich das Recht, welches häufig mit dem Namen Gerichtsgebrauch oder Praxis bezeichnet wird.

Localrecht, dann das weitere Particularrecht und endlich das gemeine subsidiäre Recht Anwendung finden („Willkür bricht Stadtrecht; Stadtrecht bricht Landrecht; Landrecht bricht gemein Recht") [1]).

Wendet man diese Regel auf die gegebenen Verhältnisse in Deutschland an, so ergiebt sich, daß das recipirte römische, canonische und das Recht der libri feudorum nebst den Vorschriften der Reichsgesetze diese letzte Stelle des subsidiären Rechts gegenüber einem bestimmten particularrechtlich geltenden einheimischen Rechte einnehmen. Im Allgemeinen betrachtet kann man dagegen nur sagen, daß das römische Recht neben dem deutschen gelte, und daß die Feststellung ihres gegenseitigen Verhältnisses der Gegenstand einer noch keineswegs abgeschlossenen Rechtsbildung ist. Es giebt daher darüber keine allgemeinen Regeln, sondern es bedarf stets der Untersuchung im Einzelnen [2]).

---

1) Dieses Sprichwort (s. Eisenhart Rechtssprüchwörter Nr. 1) ist abgeleitet aus den Worten des Sächs. Weichbilds Art. 24 „Gelübd und Willkühr bricht allerhand Recht, da man es gezeugen mag;" vgl. die Reichshofrathsordnung Tit. 1 §. 15 u. Tit. 5 §. 1. — Heutzutage wird ein solches Verhältniß engerer und weiterer Rechte nur durch Entstehung von Gewohnheitsrechten begründet werden können, weil das Gesetzesrecht im neueren Staate nur von einer centralen Kraft ausgeht. Wo jenes Verhältniß besteht, hat es seinen Grund in besonderen geschichtlichen Ereignissen, und zwar in der Regel darin, daß ein Ort mit bereits ausgebildetem Rechte zu einem größeren Lande mit anderer Rechtsverfassung hinzugefügt wurde; sodann allerdings auch in der früheren Beschränkung der Landeshoheit in Bezug auf die Gesetzgebung, und in der weiten Anerkennung der corporativen Autonomie.

2) Alle Regeln, welche man (z. B. Eichhorn §. 28 flg.) darüber aufstellt, sind in der That nur Entscheidungen einzelner Fälle, keine allgemeinen Grundsätze. S. Thöl Einleit. §. 69.

2) Aeußere (örtliche) Gränzen [1]).

§. 32.

Es kann zweifelhaft werden, ob das Recht des In= oder des Auslandes zur Anwendung komme [2]); dieß ist der Fall, wenn es sich um die Beurtheilung eines im Auslande begründeten oder mit Ausländern abgeschlossenen Geschäfts oder überhaupt eines Rechtsverhältnisses handelt, welches mit dem Auslande in irgend einer Verbindung steht [3]).

Die Beseitigung dieser Zweifel [4]) geschieht durch die Untersuchung, welchem Rechtsgebiete das einzelne fragliche

---

1) Die andere hierher gehörende Frage, nämlich über die zeitliche Begränzung der Wirksamkeit der Rechtsregeln (die rückwirkende Kraft der Gesetze), wird in den Pandectensystemen verhandelt; es ist im deutschen Rechte kein besonderer Grund, jene Frage hierher zu ziehen.

2) Die Literatur über diese außerordentlich bestrittene Frage ist ungemein groß und findet sich am vollständigsten in der umsichtigen Abhandlung von Wächter im Archiv f. civil. Praxis Bd. 24 S. 230—311. Bd. 25 S. 1—60, 161—200, 361—419 verzeichnet. Hervorzuheben sind: Cocceji de fundata in territorio et plur. loc. concurr. potestate. 1684. Hert de collisione legum. 1688. Story comment. on the conflict of laws. Boston 1841 (2. Aufl.). Schäffner Entwickelung des internationalen Privatrechts. 1841. Foelix traité du droit international privé ou du conflit des lois des differentes nations etc. Paris 1843. Pütter das praktische europäische Fremdenrecht. 1845. Savigny im 8. Bande seines Systems des heut. röm. Rechts (1849). Pfeiffer das Princip des internationalen Privatrechts. 1851. Thöl Einleit. in d. deutsche Pr.=R. S. 168 flg. Bar das internationale Privat= und Strafrecht 1862.

3) Dieser Frage im Wesentlichen gleich steht die andere über die Gränzbestimmung collidirender Local= und Provinzialrechte eines und desselben Staats. Wenn Manche hier ein anderes Princip entscheiden lassen wollen, so beruht dieß wohl auf der zu großen Bedeutung, welche diese Schriftsteller dem Einflusse der Staatsselbstständigkeit auf die Beantwortung unserer Frage beilegen.

4) Das römische Recht mit seiner eigenthümlichen Behandlung der Peregrinen und seinen Grundsätzen über origo und domicilium ist hier

Rechtsverhältniß angehöre[5]); hieraus ergiebt sich dann die anzuwendende Rechtsregel[6]). Die Verschiedenheit der Staaten steht bei den völkerrechtlichen Grundsätzen der Gegenwart

---

kaum in einigen Einzelfragen brauchbar. Savigny a. a. O. S. 89 flg. Die Grundsätze des germanischen Rechts (das System der Stammesrechte) sind längst in dem Principe der Territorialität der Rechte aufgegangen. Stobbe im Jahrb. v. Bekker und Muther 6. Bd. S. 21 flg. findet das letztere schon im Sachsenspiegel allein herrschend.

5) Thöl faßt die Aufgabe so: es ist zu untersuchen, welches Gesetz über diese bestimmte Rechtsfrage entscheiden will. Diese Auffassung beruht jedoch auf der Voraussetzung, daß bei Erlassung aller oder doch der meisten Gesetze diese Frage ausdrücklich in's Auge gefaßt werde. In der Regel wird aber die Beantwortung dieser, sowie der meisten anderen auf das Herrschaftsgebiet bezüglichen Fragen offen gelassen, in der Regel will also ein einzelnes Gesetz hierüber Nichts bestimmen.

6) Frühere Ansichten über diesen Gegenstand: 1) vieldeutige Theorie einer Unterscheidung zwischen statuta personalia, realia und mixta, welche zu keinem sicheren Resultate führen kann. Diese besonders von Cocceji und den meisten späteren Schriftstellern (z. B. auch von Kierulff Civilr. I S. 75) vertheidigte Ansicht findet sich auch im Cod. Maximil. Bavar. Th. 1 C. 2 §. 17 und theilweise im Pr. Landr. Einl. §. 23 flg. 2) Das Recht des Wohnsitzes entscheide (s. namentlich Eichhorn Einl. §. 34 u. A.). Dieß ist im Princip unrichtig; daher mußte diese Regel durch eine Menge von Ausnahmen durchbrochen werden. 3) Wohlerworbene Rechte müssen überall anerkannt werden (Titius jus priv. Germ. I. c. 10 u. A.); die Anwendung dieses Grundsatzes bei dieser Frage ist eine offenbare petitio principii. 4) Nach der Meinung Wächter's hat vor Allem der angerufene Richter in seinem Rechte eine Entscheidungsnorm über diese Frage aufzusuchen, und wenn diese fehlt, nach dem Sinn und Geist seiner Gesetze zu prüfen, ob diese unbedingt auch auf Ausländer bezogen werden sollen oder nicht, im Zweifel aber stets das Recht seines Landes anzuwenden. Aber für die verlangte Untersuchung des „Sinnes und Geistes der Gesetze", auf welche doch Alles ankommt, wird keine allgemeine Regel gegeben, auch ist es keine zulässige Aushülfe, die Zweifel durch den allgemeinen Satz zu lösen, daß der Richter eventuell das Recht seines Landes zur Anwendung zu bringen habe. Ueberhaupt aber darf diese ganze Frage nicht dem Einfluß einer vorausgesetzten Staatsabschließung unterstellt und deshalb nach andern Principien als die sonstigen Rechtsfragen behandelt werden. Indessen treffen diese Einwände genau betrachtet nur den von

der Anwendung der letzteren nicht hindernd entgegen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze findet nur dann statt, wenn für das zur Entscheidung berufene Gericht ein absolutes ge- oder verbietendes Recht gilt, oder ein solches, in welchem das fragliche Rechtsinstitut des Auslandes überhaupt gar nicht anerkannt wird. Es sind nun die für jene Untersuchung leitenden Grundsätze zu bestimmen.

Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen kann nur nach dem Rechte ihres Domicils beurtheilt werden; denn nur in den Verhältnissen des Wohnsitzes eines Menschen liegen die auf die rechtliche Gestaltung seines allgemeinen persönlichen Zustandes wirkenden Umstände. Dasselbe gilt auch von den Wirkungen, welche sich an einen bestimmten Zustand der Person anknüpfen[7]). Privilegien und Rechte natürlich, welche nach der Absicht ihrer Urheber nur für individuelle

---

Wächter gewählten Ausgangspunct, nicht seine Entscheidung der Einzelfragen, welche größtentheils mit der Savigny's übereinstimmt. 5) Auf einer unrichtigen Auffassung der öffentlichen Stellung des Richters beruht die Ansicht Pfeiffer's a. a. O., daß immer nur das Recht des angerufenen Gerichts zur Anwendung kommen müsse. — Die im Texte enthaltene Darstellung der leitenden Principien ist eine Umarbeitung der in der ersten Auflage (1848) gegebenen, mit besonderer Rücksicht auf die späteren entscheidenden Arbeiten von Savigny und Thöl. Walter (deutsches Pr.-R. §. 40—51) giebt fast nur einen Auszug aus Savigny, und es ist in der That hiermit kaum zu vereinbaren, wie er dazu gelangen mag, daß er meiner Darstellung das der seinigen zukommende Prädicat beilegt. Da Walter an mehreren Stellen, wo ich das richtige Resultat einer Monographie mit Anführung derselben für dieses System formulirt habe, meine Darstellung als „Excerpt" bezeichnet, so bemerke ich hier ein- für allemal, daß ich auf diese Art von Angriffen zu anworten nicht für nöthig halte.

7) Savigny S. 135 flg. Hierher ist die Frage über das örtliche Recht der Restitution eines Minderjährigen nicht zu rechnen; vielmehr wird diese nach dem örtlichen Rechte beurtheilt, unter welchem die Frage über die Rescission eines Rechtsgeschäfts steht.

Berechtigungen der Inländer gelten sollen, werden im Auslande nicht anerkannt.

Rechte an unbeweglichen Sachen haben ihren Sitz in dem Rechtsgebiete des Orts, an welchem sich letztere befinden; in dieses tritt Derjenige ein, welcher sich durch ein dingliches Recht mit einem unbeweglichen Gegenstande in Verbindung setzt. Eine gleiche Wirkung zur Bestimmung des Rechtsgebiets kann den beweglichen Sachen an und für sich nicht beigelegt werden; in Bezug auf diese ist das Entscheidende in dem sonstigen Inhalte des einzelnen Rechtsverhältnisses zu suchen [8]).

Das Rechtsgebiet der Forderungsrechte kann nicht durch die räumliche Beziehung eines Objects, sondern nur durch einen darauf bezüglichen Willensact der Parteien festgestellt werden. Es ist zunächst denkbar, daß die Contrahenten eine das anzuwendende Recht unmittelbar betreffende Bestimmung verabredet haben. Ist dieß nicht geschehen, so ist in der Regel [9]) anzunehmen, daß sich die Parteien dem Rechte des Orts unterwerfen, an welchem die Obligation erfüllt werden soll [10]); nach diesem Rechte wird insbesondere die mate-

---

8) Thöl §. 84. Dagegen Savigny S. 171 flg., der bewegliche Sachen den unbeweglichen in dieser Hinsicht gleichstellt; bei Sachen mit wechselnder Lage soll dann aus den Verhältnissen ein Ruhepunct ausgemittelt werden.

9) Thöl S. 189 flg. stellt andere Regeln auf, und nimmt die obige Entscheidung nur für den Fall an, daß die bestimmt erkennbare Absicht der Parteien auf den Erfüllungsort gerichtet war; es sei zunächst zu untersuchen, welches Gesetz, abgesehen vom Privatwillen, das entscheidende wäre, und ob es ein diesem Privatwillen nachgebendes sei. Indessen glaube ich die Richtung des Privatwillens auf den Erfüllungsort als das factisch Regelmäßige annehmen zu können.

10) Ueber den Zusammenhang der Frage über das örtliche Recht der Forderungsrechte und der über den Gerichtsstand, das forum contractus, s. Savigny S. 203 flg.

rielle Gültigkeit[11]) und die Wirkung der Obligation beurtheilt, sofern nicht das Recht des angerufenen Gerichts (wie bei der Bestimmung der Forderungen aus unerlaubten Handlungen) durchaus zwingender Natur ist. Der Erfüllungsort kann ausdrücklich bestimmt sein oder sich von selbst aus der besonderen Natur einer Obligation ergeben; er kann aber auch ohne ausdrückliche Bestimmung durch die Art der Entstehung der Forderung festgestellt werden, welche die Erwartung erregt, daß an einem bestimmten Orte erfüllt werde[12]).

Der Sitz des Erbrechts ist vermöge seiner Natur als das Recht auf eine fremde, in einem hinterlassenen Vermögen ruhende Persönlichkeit, das Herrschaftsgebiet der Rechtsregel, nach welcher der allgemeine persönliche Zustand des Erblassers zur Zeit seines Todes beurtheilt wurde, d. h. dessen Domicil[13]). Hiernach werden demnach insbesondere die materielle Gültigkeit letztwilliger Verfügungen, die Successionsordnung und die Successionsbedingungen beurtheilt[14]).

---

11) Z. B. die Einrede der Klagenverjährung, exceptio non numer. pecuniae u. s. w. Ueber die besondere Stellung der Obligationen im Concurse s. Savigny S. 282 flg.

12) Die hierher gehörenden Fälle sind folgende: 1) der Erfüllungsort ist der Ort der Geschäftsführung des Schuldners, wenn aus dieser die Obligation hervorgeht; 2) der Entstehungsort der Forderung, wenn dieser mit dem Wohnsitz des Schuldners zusammenfällt; 3) der Erfüllungsort kann auch nach der durch die Umstände hervorgerufenen Erwartung der Parteien der außerhalb des Wohnsitzes des Schuldners liegende Entstehungsort der Obligation sein; ist eine solche Erwartung aber nicht begründet, so ist 4) der Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort anzunehmen. Savigny S. 226 flg.

13) Die Succession in Lehen und Fideicommißgüter (das successive Erbrecht) kann nach seiner Natur nur nach der lex rei sitae beurtheilt werden, da es sich hier um den Eintritt in ein für alle Zeiten an den Raum des Grundstücks gebundenes Verhältniß handelt.

14) Die testamenti factio activa wird nach dem örtlichen Rechte beurtheilt, welchem die Frage über die Handlungsfähigkeit des Testators

Die ehelichen Rechte stehen unter dem Rechte des ehemännlichen Domicils; nach diesem richtet sich also die Prüfung der Fähigkeit zur Abschließung der Ehe und der Zulässigkeit einer Ehescheidung. Der Einfluß der Ehe auf die Gestaltung des ehelichen Vermögens wird im Zweifel immer nach dem Rechte des ersten Domicils des Ehemanns beurtheilt (§. 229).

Die Entstehung der väterlichen Gewalt wird beurtheilt nach dem Rechte des Wohnsitzes des Vaters zur Zeit der dieselbe begründenden Umstände; die Wirkungen derselben auf das Vermögen der Hauskinder nach dem jedesmaligen Wohnsitze des Vaters. Die Entstehung und Verwaltung der Vormundschaft richtet sich in der Regel nach dem Rechte des Wohnsitzes des Mündels[15]).

Die Formen der Rechtsgeschäfte müssen nach den Vorschriften des Orts eingerichtet werden, welchen das durch jene zu begründende Rechtsverhältniß unterworfen ist. Eine Ausnahme läßt ein gemeines Gewohnheitsrecht in Bezug auf die Formen der Verträge und letztwilligen Verfügungen zu [16]), indem es gestattet, sich nach freier Wahl auch der am zufälligen Aufenthaltsorte geltenden Formen zu bedienen (locus regit actum).

---

zur Zeit der Errichtung des Testaments und des Todes unterworfen war. Savigny S. 311 flg.

15) Ueber die Abweichungen von dieser Regel, welche theils wegen der Lage des unbeweglichen Pupillarvermögens, theils wegen individueller Ursachen stattfinden können, s. Savigny S. 341 flg.

16) In Bezug auf die Formen der Abschließung der Ehe wollen Viele ebenfalls die Regel locus regit actum gelten lassen. Diese Ansicht ist in solcher Allgemeinheit schwerlich haltbar. Savigny S. 357.

Drittes Capitel.

Von den Rechtsverhältnissen.

Allgemeines.

§. 33.

Die rechtlichen Beziehungen der Personen zu einander bilden die Rechtsverhältnisse. Ihr Inhalt kann äußerst mannigfaltig sein, und die Darstellung der einzelnen Rechte hat die Aufgabe, denselben, so weit er privatrechtlicher Natur ist, darzulegen. In allen Rechtsverhältnissen finden sich aber Elemente, welche als stehende Grundbestandtheile derselben erscheinen, im Gegensatz ihres wechselnden Inhalts; dahin gehören 1) Personen als Träger des Verhältnisses; 2) Sachen als unmittelbare oder mittelbare Objecte; 3) Handlungen und andere juristische Thatsachen als Entstehungsgründe der Rechte. Diese drei Gegenstände und die Lehre vom Schutz der Rechte bedürfen einer vorausgehenden besonderen Ausführung, welche hier jedoch unter Voraussetzung der in den Pandectensystemen enthaltenen Erörterungen nur die auf einheimischen Rechtsanschauungen beruhenden Eigenthümlichkeiten darzustellen bestimmt ist.

Erster Abschnitt.

Von den Personen.

I. Physische Personen.

1) Entstehung und Endigung derselben.

§. 34.

Der Mensch hat schon in seiner leiblichen Erscheinung den Anspruch auf Rechtsfähigkeit, auf Persönlichkeit im juristischen Sinne. Sie beginnt mit der vollendeten Geburt des lebendigen Kindes; zum Beweise dieses selbstständigen Lebens dienen jedoch alle Aeußerungen desselben, nicht bloß diejeni=

gen, welche in den älteren germanischen und deutschen Rechten als die regelmäßigen aufgeführt werden [1]).

Die Persönlichkeit dauert bis zum Tode des Menschen. Ist dieser wegen Verschollenheit eines Menschen ungewiß, so gewährt ein (auf Psalm 90, 10 gestütztes) deutsches Gewohnheitsrecht die Vermuthung, daß der nach mehrmals erfolgter gerichtlicher Ladung Ausgebliebene in seinem siebzigsten Lebensjahre, wenn er erst später abwesend geworden, im achtzigsten, dann jedesmal nach fünf weiteren Jahren verstorben sei [2]). Die Wirkung dieser Vermuthung beginnt vom Datum einer gerichtlichen Todeserklärung [3]). Uebrigens will diese

---

1) L. Alam. Tit. 29. Sspgl. 1, 33. Magdeb. Weichb. Art. 86. Sächs. Lehnr. 20 §. 1. („Svenne die Sone na des vader dode levet also lange, dat man sine stimme gehoren mach in vier Wenden des Huses, so ist he beerbt mit sines vader Lene".) Schwspgl. 298, 1 (v. d. Lahr): „das kind lebet also lang, unz es diu augen ouftut und siht die vier wende des huses, und stirbt nach der muter, das kind hat geerbt seyner muter gut." Magdeb. Schöff. Urth. bei Haltaus Gloss. p. 2025, aber auch dieselben bei Böhme diplomatische Beitr. 6, 145. — Philipps d. Pr.-R. S. 1 253 behauptet, daß bloß auf diese Lebenszeichen der Beweis hätte gerichtet werden können.

2) Neuere Gesetze verkürzen diese Fristen. Vgl. Preuß. L.-R. Th. 2 Tit. 18 §. 821 flg. Oesterr. Gesetzb. Art. 24. 277. 278.

3) S. Eichhorn Einl. §. 327, Vangerow Leitfaden I. S. 57 flg. Dagegen Pfeiffer pract. Ausf. Bd. 4 S. 371 flg. Heise u. Cropp jurist. Abhandl. II. S. 139 und Savigny System II. §. 63, 3 für die Annahme, daß die Vermuthung von dem Eintritt des Lebensalters datire, welches zur Todeserklärung Veranlassung gab, daß also die gerichtliche Todeserklärung nicht constitutiver, sondern nur declaratorischer Art sei. Ganz falsch ist die Meinung, daß der Tod in den Zeitpunct der Verschollenheit zurückversetzt werden müsse, wie bei Pufendorf obs. IV, 84, 5, Hagemann pract. Einl. V. S. 223 flg. u. A. — Ueber die Vormundschaft eines Verschollenen s. §. 247. — Die Rechtfertigung der im Text ausgesprochenen Ansicht, daß die Todeserklärung constitutiver Art sei, scheint mir durch folgende Erwägungen gegeben zu werden. Die gerichtliche Erklärung, daß ein Verschollener nun nicht mehr als lebend gelten solle, enthält eine Fiction. Eine solche kann nur vorge-

keineswegs aussprechen, daß der Verschollene bis dahin wirklich gelebt habe[4]).

2) Einfluß besonderer Zustände auf die Rechtsverhältnisse der Personen.

A) Natürliche Zustände.

§. 35.

Der Unterschied des Geschlechts tritt im deutschen Rechte in sichtbareren Wirkungen hervor, als im römischen, weil die Motive des einheimischen Privatrechts größtentheils dem öffentlichen Leben entlehnt sind, zu dem das Weib in Folge seiner

---

nommen werden, wenn ihre Vorbedingungen in gehöriger Weise erfüllt sind. Zu diesen gehört 1) eine äußere Veranlassung; als eine solche erkennt das Recht den Eintritt des 70. Lebensjahrs eines Verschollenen an, indem nach allgemeiner Erfahrung damit der Tod desselben wohl vermuthet werden darf; 2) die vorgeschriebenen Edictalien, um zu constatiren, ob diese Vermuthung nicht eine irrige gewesen sei. Alles dieß sind präparatorische Momente für die endliche und nun constitutive Todeserklärung.

4) Sowohl bei dieser Frage als bei der in der Note 4 erwähnten ist anderer Ansicht Bruns in dem Jahrbuch des gem. deutsch. R. von Bekker und Muther (Bd. 1 (1857) S. 122, 169, 194 und 198 flg. Aus der gründlichen und verdienstvollen Dogmengeschichte, welche Bruns giebt, habe ich indessen doch nicht die Ueberzeugung schöpfen können, daß es sich hier um einen Stoff handele, der sich in der Dogmatik der letzten zwei Jahrhunderte insoweit fixirt habe, daß jede erneute Prüfung der inneren Rationalität und Berechtigung der einzelnen Sätze ausgeschlossen werde. — Dem Richter wird nur die Frage zur Beantwortung vorgelegt, ob der Verschollene jetzt noch lebe, — nicht aber auch die Frage, wie lange er wirklich gelebt habe. Die Auffassung, welche den richterlichen Ausspruch auch dafür gelten läßt, daß der Verschollene bis dahin wirklich gelebt habe, erleichtert freilich der einen Partei ihre processualische Stellung, aber dieß kann nur auf Kosten der anderen Partei geschehen, der nun der Beweis des früheren Todes zugeschoben wird. S. auch Unger österr. Privatr. 1. Bd S. 246 flg. Seuffert's Archiv für Entscheid. d. obersten Gerichte Bd. 15 S. 324 flg., wo die mit meiner Ansicht übereinstimmende Praxis bezeugt wird.

Natur nicht hinzutrat. Je mehr sich nun das Privatrecht jenem Einflusse des öffentlichen Rechts, insbesondere mit Hülfe des fremden Rechts, entzogen hat, desto mehr verschwinden allmählig auch die privatrechtlichen Wirkungen der Geschlechtsverschiedenheit, von denen die in manchen Verhältnissen stattfindende Zurücksetzung der Frauen im Erbrechte, die Unfähigkeit derselben zur Eingehung des Lehnsverhältnisses, und die mehr und mehr überwundene Geschlechtsvormundschaft die letzten wichtigen Spuren sind.

Körperlicher und geistiger Gesundheit schrieb das ältere deutsche Recht einen bedeutenden Einfluß auf die Handlungsfähigkeit der Personen zu, da man in jener Zeit ursprünglicher, rein sinnlicher Vorstellungen die Macht des menschlichen Willens von ihrer physischen Grundlage nicht zu trennen vermochte; jedoch ist von dem [1]), die Gränzen dieses Einflusses nach römischem Rechte überschreitenden, Umfange desselben im älteren deutschen Rechte nur selten noch eine Wirkung sichtbar, wie z. B. die Ungültigkeitserklärung einer Veräußerung von Mobilien auf dem Siechbette [2]).

---

1) Vgl. Sachsensp. Landr. Bd. 1 Art. 4.

2) Sachsensp. I, 52 §. 2: „Alle varende have gift de man ane erven gelof in allen steden, unde let unde liet gut, al de wile he sik so vermach, dat he begort mit eme sverde unde mit eme scilde up en ors komen mach, von eme stene oder stocke ener dumelne ho, sunder mannes helpe, deste man yme dat ors unde de stegerip halde. Svene he disses nicht dun ne mach, so ne mach he geven noch laten noch lien, dar he't jeneme mede geverne, de is na sime dode wartende si.“ Vgl. Grimm Rechtsalterth. S. 95 flg. Gloss. zu Ssp. 1, 52 („Wer sein Gut alsdann erst vergiebt, da er es nicht mehr genießen kann, der vergiebt nicht das sein, sondern das seiner Erben ist“), Goslarische Stat. (Göschen) S. 9, 3. 6—19, Görlitzer Landr. 45. Freiburger Stadtpriv. §. 62. Magdeburg. Recht v. 1261 §. 18 (Gaupp das alte magdeb. und hall. R. S. 234). Albrecht Gewere S. 203. Sydow Erbrecht des Sspls. Note 557. Pauli Abhandl. aus d. Lüb. R. Bd. 3 S. 199 flg. Vgl. Wigand Provinzialr. des Fürstenth. Min=

Der Einfluß, welchen das Alter auf die Rechtsverhältnisse der Personen ausübt, wird heutzutage im Allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts bestimmt, welches neuere Particulargesetze nur durch Festsetzung eines andern Volljährigkeitstermines bisweilen corrigirt haben[3]). Die darüber bestehenden Vorschriften des deutschen Rechts haben sich nur zum Theil im Lehnrechte und den s. g. Hausgesetzen der fürstlichen Familien erhalten.

B) Staatliche Zustände.

§. 36.

Die Stellung des Menschen im Rechte ist so mannigfaltig, als die verschiedenen Seiten, welche das menschliche Leben darbietet. Hiernach erscheint der Mensch bald isolirt, bald als Glied einer Familie, bald einer politischen oder kirchlichen Vereinigung. Jeder dieser verschiedenen Kreise menschlicher Zustände wirkt auf das Recht, insofern es die Aufgabe hat, sich dem vielgestaltigen Leben anzuschließen und diesem einen entsprechenden rechtlichen Halt zu gewähren. Dieser Einfluß

---

den u. s. w. Bd. 2 (1834) S. 140 u. s. w. — Auch das neuste lübische Recht (von 1586) Th. 1 Cap. 10 Art. 3 hat diesen Grundsatz bewahrt. Vgl. unten §. 248 a. E.

3) Vgl. vorzüglich Kraut die Vormundschaft. Bd. 1 (1835) S. 110 flg. Ursprünglich war der Mündigkeitstermin ein sehr früher, nämlich durchschnittlich das 12. Jahr. Später wurde er in manchen Rechten weiter hinausgeschoben, besonders häufig in das 18. Jahr (z. B. auch in der Goldnen Bulle Cap. 7 §. 4 für die Kurfürsten und in vielen fürstlichen Hausgesetzen); andere Rechte dagegen, z. B. Sspgl. I, 42 §. 1 setzten jenem Termin des 12. Jahrs („zu seinen Jahren kommen") noch einen zweiten mit beschränkteren Wirkungen an die Seite, nämlich das 21. Jahr („zu seinen Tagen kommen"). Neuere Particulargesetze nehmen bald das 21. (so in Sachsen, Bayern, Baden, bald das 24. (so in Preußen und Oesterreich), bald das 25. Jahr an (Würtemberg).

auf das Recht kann aber ein verschiedenartiger sein: bald wird für eine bestimmte Sphäre des menschlichen Lebens ein eigenthümliches Rechtsgebiet eröffnet, in dem sie zur eigentlichen Anerkennung kommt, bald wirkt eine solche Richtung, sowie sie auch im Leben sich nicht ganz von den übrigen Verhältnissen des Menschen ablöst, über das ihr im Rechte angewiesene Gebiet hinaus, und modificirt die Stellung der Personen in einem für ganz andere Richtungen des Lebens bestimmten Rechtskreise. Diese Modification ist aber entweder eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit[1]), als der Persönlichkeit im juristischen Sinne, oder nur eine Bereicherung des factischen Materials der Rechtsverhältnisse. Das Letztere ist nun im heutigen Privatrecht der Fall mit der an sich nicht privatrechtlichen Eigenschaft Jemandes als Mitglied eines Standes.

Es giebt Stände mit vollständiger rechtlicher Organisation, welche dem öffentlichen Rechte des Staats oder der Kirche angehören (dieß ist z. B. der Fall, wenn die Ritterschaft eine mit besonderen politischen Rechten ausgestattete Classe der Staatsbürger bildet, ferner bei der Geistlichkeit namentlich der katholischen Kirche). Andere Stände sind bloße Zusammenfassungen von Berufsclassen, auf welche die Gesetzgebung in der Aufstellung besonderer Rechtssätze Rücksicht nimmt, ohne sie in einer rechtlichen Organisation zu consolidiren; so der Stand der Staatsdiener, der Kaufleute, der Grundbesitzer. Noch andere Stände haben nicht einmal diese Bedeutung für das Recht, und sind lediglich Stände im rein gesellschaftlichen Sinne, wie dieß in vielen Ländern mit dem niedern Adel und mit den s. g. Honoratioren der Fall ist. Es ergiebt sich hieraus, daß die Stände an sich heutzutage keine privatrechtlichen

---

1) Dieß ist der Fall mit der Eigenschaft Jemandes als Fremden, ferner mit dem Bekenntniß bestimmter Confessionen und Religionen.

Körper sind, sondern theils Erscheinungen des öffentlichen Rechts, theils bloße Gestaltungen des sittlichen Lebensverkehrs. Freilich bleiben sie nicht ohne Einfluß auf das Privatrecht, indem die eigenthümlichen Triebe, welche im Gebiete des Staats- oder Gesellschaftslebens zur ständischen Gruppirung treiben, auch in der Erzeugung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse wirksam werden. So erscheinen sie zwar vielfach als Voraussetzungen und Motive von Privatrechtsinstituten, aber sie sind deshalb nicht schon selbst Privatrechts- oder doch Rechtsinstitute.

Diese Auffassung ist nicht die der mittelalterlichen einheimischen Rechtsquellen. Da nach ihnen das Privatrecht noch nicht vom öffentlichen Rechte geschieden ist, so wird den Standesverschiedenheiten nicht eine bloß indirecte Einwirkung auf jenes zugestanden, sondern es bequemt sich ihnen so weit an, daß es sich in so viele Theile spaltet, als sich entschiedene Stände herausstellen, Landrecht, Lehnrecht, Hofrecht, und gewissermaßen gehört hierher auch das Weichbildrecht. Dieser Standpunct ist zwar mit der Ausbildung des politischen Princips im Staate und des Staatsrechts als selbstständiger Wissenschaft verlassen worden, aber doch werden noch nicht alle Consequenzen desselben aufgegeben, und kehren in der Festhaltung einzelner publicistischer Elemente im Privatrechte noch immer häufig wieder [2]).

---

2) So verweisen Einige die Lehre von den Ständen in das Privatrecht, wie Weiß System des Staatsrechts (1843) §. 282 a, Andere übergehen die Lehre ganz; noch Andere tragen sie sowohl im Privatrecht als im Staatsrecht in ziemlich gleicher Form vor, wie Maurenbrecher. Die Lehrer des Privatrechts haben bisher ausnahmslos diese Ständelehre vorgetragen, ja manche sogar darin etwas ganz Eigenthümliches und Vorzügliches des heutigen deutschen Rechts gefunden, wie Phillips, der noch in der neusten Ausgabe seines Privatrechts den in das Mittelalter zurückversetzenden Mißgriff begeht, die einzelnen Rechtsinstitute des

Hier ist daher von den Ständen nur in so weit zu reden, als sie indirect auf das Privatrecht einwirken.

Privatrechts wieder in den alten Ständerahmen einzuzwängen. Fragt man aber, welche Bedeutung den Ständen im Privatrechte eigentlich gewährt wird, so erhält man freilich sehr unbefriedigende Antworten. Für den Bürger- und Bauernstand als solchen findet man jetzt gar keine privatrechtlichen Besonderheiten, und man stellt ihn deshalb regelmäßig nur auf, um einen Gegensatz zum Adelsstande zu gewinnen. Für diesen aber befindet man sich in gleicher Verlegenheit. Denn außer der Aufzählung der Reste der alten Hoheitsrechte beim hohen Adel und der früheren politischen Rechte (Landstandschaft, Steuer-, Zoll-, Militärfreiheit, Patrimonialgerichtsbarkeit, höherer Gerichtsstand u. s. w.) des Adels überhaupt, welche ja alle einen rein staatsrechtlichen Charakter haben, weist man lediglich hin auf das Prädicat „von" und das Wappenrecht (von der Hoffähigkeit ganz zu schweigen). Dieß sind ja aber nur die äußeren Zeichen des Standes, die von dem Recht auf Anerkennung im Stande an sich nicht als Inhalt besonderer Berechtigung abgelöst werden können, oder die exclusiven Bezeichnungen der Familie durch Wappen, welche durch Erlangung eines Privilegs (Wappenbrief) auch jeder Nichtadelige erwerben darf; denn von einem allgemeinen vermögensrechtlichen Interesse, seinem Namen das Wort „von" vorzusetzen, wird ebenso wenig Jemand reden können, als von dem privatrechtlichen Werthe eines bestimmten Familienwappens an und für sich. Es ist dieß jetzt überhaupt weit weniger von juristischem als von socialem Interesse. Das aber, was eigentlich privatrechtlicher Natur ist, wie z. B. besondere Standesbedingungen bei der Eingehung einer vollwirksamen Ehe, ausschließliche Fähigkeit zum Erwerb gewisser Immobilien, Pfründen u. s. w., erscheint nur als eine indirecte Einwirkung des Standes auf die Rechtsverhältnisse der Personen, welche hier dieselbe Stellung hat, als die einem Rechtsverhältniß freiwillig von den Parteien hinzugefügten besonderen Bedingungen, wie z. B., wenn ein Fideicommißstifter von allen die Succession Beanspruchenden ein bestimmtes religiöses Bekenntniß fordert; denn die Fixirung solcher Bedingungen zu einem Rechtssatze bewirkt keinen Unterschied. Die ganze Lehre von den Ständen muß deshalb hier als im Staatsrecht gegeben (wie dieß denn auch von den meisten Staatsrechtslehrern gegenwärtig anerkannt wird) vorausgesetzt werden. Vielleicht verschwindet sie aber auch aus diesem, sofern die Stände sich noch mehr, als schon bisher geschehen, zu bloß socialen Gruppen verflüchtigen. Dieß ist schon jetzt

§. 37.

Der hohe (ehemals reichsunmittelbare, reichsständische und landesherrliche) Adel zeigt zunächst in Folge seiner politischen Stellung und seiner Ebenbürtigkeit mit den souveränen Regenten eine Einwirkung auf das Institut der Ehe, indem er die Uebertragung der Rechte des hohen Adels auf die Nachkommen an die Bedingung einer standesmäßigen Ehe knüpft. Davon wird später im dritten Buche (§. 224) die Rede sein.

Am weitgreifendsten wirken die Interessen des hohen Adels und der ehemals reichsunmittelbaren Ritterschaft auf die das Immobiliarsachen- und das Erbrecht betreffenden Verhältnisse ein. Der Gesammtheit der hieraus hervorgegangenen Rechtsinstitute, welche man häufig in dem s. g. Privatfürstenrechte zusammengefaßt hat, liegt die Idee zu Grunde, daß eine Familie dieses Adels trotz des Wechsels der Generationen ein selbstständiges historisches Individuum bilden solle; alle vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Glieder erscheinen nur als die zeitlichen Träger einer geistigen Einheit, des adeligen „Hauses". Die reelle Grundlage dieses zunächst nur sittlichen Gedankens wird nun durch eine besondere Gestaltung des Grundeigenthums gebildet, und zwar mit Hülfe von Rechtsinstituten, deren gemeinsamer Charakter in der Möglichkeit besteht, auf eine unbegränzte Zukunft hin in einer für die dereinstigen Glieder der Familie bindenden Weise zu disponiren (Familienfideicommiß, Erbverbrüderung u. s. w.)*). Diese

---

der Gesichtspunct, von dem man unbewußt ausgegangen ist, wenn man zu den alten Ständen den Beamtenstand u. s. w. hinzugefügt hat.

*) Ueber die Formulirung des Rechts des hohen Adels in s. g. Hausgesetzen s. Gerber in s. u. Ihering's Jahrbb. Bd. 3 S. 433 flg. — Als ein Muster kann das Hausgesetz im Geschlechte der Grafen und Herrn von Giech (herausg. v. Gerber 1858) gelten.

Rechtsinstitute haben sich aus vereinzelten Rechtsgeschäften gebildet, und es hat lange gedauert, bis sie diesen Charakter überwunden und eine allgemeine Anerkennung im Rechtssysteme errungen haben (vgl. §. 29). Aber noch immer fehlt es ihnen meist an festen, unverbrüchlichen Grundprincipien, und nur zu häufig kann die Beurtheilung derselben nur auf den Inhalt individueller Dispositionen gestützt werden.

Der niedere Adel endlich erscheint im Privatrechte, insoweit er nicht die soeben geschilderten Rechtsinstitute auch für sich in Anspruch nimmt, nur wirksam als Bedingung zur Erwerbung von adeligen Lehen[1]) und particularrechtlich von Rittergütern mit Gutsherrlichkeit[2]). Außerdem bedingt er oft statutarisch den Eintritt in geistliche und weltliche Ritterorden und Stifter, und den Genuß der damit zusammmenhängenden Pfründen[3]). Hierzu wird häufig alter Adel, jedoch mit verschiedener Bestimmung der Ahnenzahl erfordert[4]).

§. 38.

Die Stellung Jemandes als Mitglieds der übrigen politischen Stände außer dem Adel hat auf die Privatrechtsver-

1) Vgl. Eichhorn Deutsche St.= u. R.=G. §. 341. 446.

2) Z. B. in Bayern. Vgl. Verfassungsurkunde v. 1818. Beil. 5 Tit. 2 §. 14. Diese Privilegien sind jetzt meistens gefallen.

3) Vgl. Mittermaier Grundsätze. §. 71.

4) Es werden bald vier, bald acht, sechzehn und mehr gefordert. Hierzu ist ein Beweis nöthig, die Ahnenprobe. Diese besteht in der Filiationsprobe, d. h. dem Nachweis, daß die väterlichen und mütterlichen Ascendenten bis auf den Probanten durch lauter eheliche Zeugungen verbunden sind, und der Ritterprobe, d. h. dem Beweis, daß sie adelig waren. Hierbei werden Neugeadelte und „gemalte Ahnen“ nicht gerechnet. Die erforderliche Zahl wird durch Zusammenzählen der in einer Reihe stehenden Ahnen auf der Ahnentafel gewonnen. Eine Ergänzung der Ahnenprobe gewährt die sogenannte adelige Kundschaft, d. h. das

hältnisse keinen oder nur geringen Einfluß. Der Bürgerstand als solcher wirkt auf das Privatrecht in keiner Weise gestaltend ein[1]), und der Stand der freien Bauern nur insofern, als seine Beschäftigung mit dem Landbau und die damit in Verbindung stehenden Interessen, sowie auch die Reste einer größeren politischen Abhängigkeit und die ehemalige Leibeigenschaft[2]) vieler Bauern die Ausbildung besonderer Rechtsver-

---

eidliche Zeugniß der Standesgenossen, daß die fragliche Ahnentafel richtig sei.

1) Von selbst versteht sich, daß hier nicht von den Bürgern als Mitgliedern städtischer Gemeinden und von den Bauern als Mitgliedern von Dorfcommunen die Rede ist. — Ein Unterschied zwischen höherem und niederem Bürgerstande, der im gemeinen Privatrechte ganz ohne Werth ist, bedarf hier keiner Erwähnung.

2) Die Erwähnung der Leibeigenschaft an dieser Stelle und in dieser Art wird gerechtfertigt durch ihre Bedeutung in der Gegenwart. In vielen Staaten Deutschlands hat sie durch energische Acte der Gesetzgebung dieses Jahrhunderts ihre Geltung verloren, in anderen war sie schon längst, wenn sie überhaupt bestand, den Einflüssen der besseren Zeit unterlegen. Vgl. Klüber das öffentl. Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten §. 226 n. c. (vgl. Mittermaier Grundsätze des D. Pr.-R. § 90 n. 9), Kraut's Grundriß §. 68 n. 4 flg. Warum, fragt man billigerweise, wird die Leibeigenschaft noch in allen neuen Werken über h e u t i g e s deutsches Privatrecht (die seither erschienenen haben diesen Tadel theilweise beherzigt) gleich einem lebensvollen Rechtsinstitute in seinem kleinsten Detail aufgeführt? Etwa um die noch übrig gebliebenen d i n g l i c h e n Reste des Instituts erklären zu können? Dafür aber muß hier stets eine Verweisung auf die Geschichte genügen, welche d i e s e s System seinem Princip nach als bekannt voraussetzt. Es versteht sich von selbst, daß da, wo jene eigenthümlichen dinglichen Folgen der Leibherrschaft zu erwähnen sind, die Fäden, welche die Geschichte bietet, wieder aufgenommen und zur Aufstellung des Princips verwanot werden. — Die Geschichte der Leibeigenschaft siehe bei Eichhorn Staats- und Rgesch. §. 15, 49—51, 303, 304, 306, 339, 343, 348. Nikl. Kindlinger Geschichte der deutschen Hörigkeit, insbes. der s. g. Leibeigenschaft. Mit Urkunden. 1819. 8. Wächter Würtemb. Pr.-R. Bd. 1 S. 152 flg. Vorzüglich Wigand Provinzialrecht von Paderborn (1832) 1.

hältnisse veranlaßt haben; ferner hat eine in manchen Staaten noch herrschende größere Bevormundung der Bauern die Perfection ihrer Verträge an erschwerende Bedingungen angeknüpft[3]). Gar manche Institute des bäuerlichen Guts- und Familienrechts aber, welche dem wahren Bedürfnisse eines gesunden Bauernstandes entsprachen, sind von der neueren Gesetzgebung leider zerstört worden.

Einen viel größeren Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse haben die ausschließlich nach der Beschäftigung charakterisirten Stände. Der Handelsstand erzeugt eine Reihe der eigenthümlichsten Obligationsarten, welche dem von ihm hervorgerufenen lebendigen Verkehr entsprechen, und der sonstige Gewerbstand bethätigt sich im Privatrechte ebenso durch Hervorbringung neuer dem römischen Rechte unbekannter Forderungsverhältnisse.

Auch der Stand der Beamten und der Geistlichen ist hierher zu rechnen, insofern von ihrer öffentlichen Stellung im Privatrechte ebenfalls einige Erfolge sichtbar werden[4]).

Thl. S. 67 und 3. Thl. Dessen Provinzialrecht von Minden, Ravensberg u. s. w. (1834) Bd. 2 S. 100 flg.

3) Vgl. z. B. die Lüneburg. Polizeiordnung von 1618 und die Calenberg. Verordnung von 1620, angef. bei Bülow und Hagemann pract. Erörterungen Bd. IV Nr. 83; Runde die Rechtslehre von der Leibzucht S. 522 (Bestätigung der Verträge). — Hierher gehört auch das testamentum rusticorum, vgl. Notariatsordnung von 1512, im §. 2 des Tit. von Testamenten.

4) Dieß sind namentlich Beschränkungen in Bezug auf die Eingehung gewisser mit den Interessen ihrer öffentlichen Stellung unvereinbarer Geschäfte, und die Betreibung von Gewerben. Vgl. Königl. Bayr. Edikt vom 26. May 1818 §. 21, das Pr. Landr. II. 10 §. 21 flg., Würtemb. Dienstpragmatik v. 1821 §. 19. Die meisten älteren Wechselordnungen verbieten auch mehr oder weniger den Beamten aus gleicher ratio die Betheiligung an Wechselgeschäften.

3) Modificationen der Rechtsfähigkeit der Personen.

A) Durch Schmälerung der bürgerlichen Ehre[1]).

Einleitung.

§. 39.

Der Genuß der sittlichen Achtung, Ehre, ist die Bedingung einer Reihe einzelner Rechte, welche theils dem öffentlichen, theils dem Privatrechte angehören. Die Entziehung der Ehre bewirkt mithin eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit.

Das ältere deutsche Recht kannte[2]), abgesehen von der nicht hierher gehörenden Friedlosigkeit[3]), welche nicht eine durch Entziehung der Ehre bewirkte mittelbare Schmälerung, sondern eine directe Vernichtung der Persönlichkeit enthält, drei, jedoch nicht immer streng unterschiedene[4]) Arten der Schmälerung der bürgerlichen Ehre, die Rechtlosigkeit, die

---

1) Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. 1824.

2) Budde über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit u. Echtlosigkeit. 1842. Hillebrand über die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerl. Ehre nach den Rechtsbüchern des Mittelalters. 1844. Ueber das alte Hamburgische Recht s. Trummer Vorträge über merkwürd. Erschein. in d. Hamb. Rechtsgesch. 3. Bd. (1849) S. 123 flg.

3) Die Friedlosigkeit (welcher Ausdruck mir wegen der Mehrdeutigkeit vor der Bezeichnung mit dem Worte „Echtlosigkeit" den Vorzug zu verdienen scheint) ist die Folge der Oberacht; sie ist also zunächst eine Folge der Contumacia, und steht juristisch betrachtet auf einem fremden Gebiete. Vgl. darüber Albrecht Gewere S. 39 flg. Wilda Strafrecht der Germanen S. 278 flg. Ebensowenig gehört hierher der Zustand, welcher die Folge der ersten Acht ist. Vgl. darüber Hillebrand a. a. O. S. 42 flg.

4) Besonders werden die Ausdrücke Recht und Ehre in den mittelalterlichen Rechtsbüchern sehr oft promiscue gebraucht. Vgl. die vielen Beweise in den Stellen bei Kraut Grundr. §. 65. Technisch ist der Ausdruck „vollkommen an seinem Rechte" für die Integrität der Ehre.

Ehrlosigkeit und die Echtlosigkeit. Die Rechtlosigkeit[5]) wurde begründet durch Verbrechen, deren Strafe an Hals und Hand oder an Haut und Haar[6]) ging, und ihre Wirkung war hauptsächlich die Entziehung der processualischen Ehrenrechte, nämlich des Rechts, Schöffe, Vorsprecher, Vormund, Zeuge und Richter zu sein[7]), sowie des Rechts des Wehrgelds[8]), des Unschuldeids[9]), und überhaupt der Befugnisse, welche nur von der Voraussetzung besonderen Vertrauens abhängen[10]). Die Ehrlosigkeit, wo diese Benennung technisch ist[11]), war nur eine Bezeichnung für die aus solchen

5) Ueber den Begriff der Rechtlosigkeit herrschen verschiedene Meinungen. Die Ansicht Budde's, daß Rechtlosigkeit gleich sei der Standeslosigkeit, ist trotz ihrer theilweisen Wahrheit eine willkürlich in die Rechtsbücher hineingetragene Theorie. Von Neuem scheint sie zu vertheidigen Siegel Gesch. des deutschen Gerichtsverfahrens Bd. 1 (1857) S. 59 N. 5. Homeyer Sachsenspiegel I S. 364.

6) Sspgl. I, 38 §. 1: „Unde die duve oder rof sunet oder weder gevet unde de des vor gerichte verwunnen werdet oder di ir lif oder hut unde har ledeget, di sint alle rechtlos". Ferner vgl. Sspgl. I, 65 §. 2. Schwspgl. 164. Göschen Goslar. Statuten S. 114.

7) Vgl. Sspgl. III, 65 §. 1, 70 §. 1; II, 12 §. 3. Sspgl. I, 51 §. 3; III, 28 §. 1; Constit. pac. a. 1235 (Pertz Monum. Germ. hist. IV p. 316). Verm. Sspgl. I, 49, 4.

8) Sspgl. III, 45 §. 11.

9) Sspgl. I, 39. Schwspgl. (Laßberg) 48. Richtst. Lndr. 33. Rigisches Ritterr. Cap. 38.

10) Darin die ratio von Sspgl. II, 26 §. 2 u. 3, und II, 36 §. 1. Vgl. überhaupt die Stellen bei Kraut a. a. O.

11) Dieß ist z. B. nicht der Fall bei Sspgl. I, 5 §. 2 (wiflike ere) und häufig. Vgl. Haltaus Glossar. S. 263. Daß aber das Wort „Ehre" kein technisches sei für Standesrechte, scheint mir auf das Evidenteste gerade aus der Ueberschrift des Kaiserrechts III, 5 von grossen eren der rittere hervorzugehen, welche Hillebrand S. 33 für das Gegentheil citirt. Die darauf gegründete Ansicht, daß die Ehrlosigkeit ein Verlust der Standesrechte sei (vgl. auch Eichhorn St.- u. Rsgesch. §. 349), entbehrt jeder Unterstützung; eine solche kann natürlich auch nicht in dem Umstande liegen: daß eine Treulosigkeit

Verbrechen hervorgehende Rechtlosigkeit, welche ein besonders heiliges Band oder eine besonders ehrwürdige Pflicht verletzten[12]), wie geschworene Treue und das Gastrecht. Die Echtlosigkeit (Unechtheit)[13]) endlich war der aus der Verächtlichkeit der Lebensweise[14]) und der unehelichen Geburt[15]) hervorgehende Mangel der processualischen Ehrenrechte, des Wehrgelds und bei letzterer auch der Erbfähigkeit[16]).

Die Unbestimmtheit dieser Begriffe ließ es zu, daß man beim Eindringen des fremden Rechts in der römischen Infamie nur die Wiederholung des eigenen Rechts zu erkennen glaubte[17]), und man berief sich fortan in dieser Lehre fast immer auf die fremden, äußerlich betrachtet nicht ganz unähnlichen Institute. Der Umstand aber, daß die römische

---

den Austritt aus dem auf Treue beruhenden Verhältnisse, z. B. dem Lehnsverbande, zur Folge hat. — Ebensowenig läßt es sich aber rechtfertigen, wenn Budde die Ehrlosigkeit, ähnlich wie die turpitudo, nicht als ein fixirtes juristisches Institut betrachtet, wozu die Quellen, insoweit Bestimmtheit bei ihnen überhaupt zu erwarten ist, doch wohl nöthigen.

12) Vgl. Gl. zum Sspgl. III, 78 §. 1. Sspgl. I, 40; III, 84 §. 2. Schwspgl. (Laßb.) 278. Richtst. Lndr. 33, 51 u. s. w.

13) Daß Echtlosigkeit abgesehen von der oben Note 3 hervorgehobenen Bedeutung auch Unechtheit bedeutet, hätte Walter (deutsch. Pr.-R. §. 74, 3) ersehen können aus Sspgl. I, 51 §. 1 (Homeyer's Register s. v. echtlos).

14) z. B. Kämpfer (Spgl. I, 48 §. 3), Spielleute (Sspgl. I, 50 §. 2) und deren Kinder.

15) Sspgl. I, 38; III, 45 §. 8. Schwspgl. (Laßb.) 77.

16) Vgl. namentlich Sspgl. I, 50 §. 2 u. I, 51 §. 1, wo die Unterschiede der Echtlosigkeit von der Rechtlosigkeit hervorgehoben werden. Zu diesen Unterschieden in den Wirkungen gehört auch, daß die Echtlosen den Unschuldseid nicht verlieren. Die Vermischung beider Institute bei Hillebrand a. a. O. ist deshalb unhaltbar. Charakteristisch ist für den Unehelichen der Mangel des Familienrechts. Eine ganz andere Behandlung der unecht Geborenen im altnordischen Recht weist nach Wilda in d. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 15 S. 237 flg.

17) Siehe Phillips Grunds. Bd. 1 S. 299 flg.

Infamie, ein den politischen Verhältnissen Roms entsprechendes Institut, schon an sich gar nicht die Fähigkeit hat, die römische Nationalität zu überdauern[18]), daß überhaupt die Bestimmung über Schmälerung oder Entziehung der bürgerlichen Ehre ein von seiner unmittelbaren Quelle, den Sittlichkeitsbegriffen bestimmter Zeiten, nicht ablösbarer Erfolg ist, hat bewirkt, daß jener alte Irrthum von keinem wirklichen Einflusse auf die Gestaltung dieser Lehre sein konnte[19]). Mitten unter dem Gewebe der im Gefolge jenes Irrthums entstandenen Verwirrung haben sich neue Rechtssätze gebildet[20]), welche unschwer erkennen lassen, daß sie mit den ältern deutschen Grundsätzen über Ehrenschmälerung durch starke Fäden verbunden sind.

1) Ehrlosigkeit.

§. 40.

In engem Anschlusse an die Rechtlosigkeit des älteren deutschen Rechts[1]) hat sich im neueren Rechte das Institut

---

18) Der Beweis bei Savigny System des heut. röm. Rechts II. §. 83. Vgl. Puchta Pandekten §. 120.

19) Noch immer verkennt dieß Eichhorn Einl. §. 84 und trübt durch ein buntes Gewebe römischer und deutscher Begriffe, durch Annahme einer römischen und deutschen Ehrlosigkeit den einfachen Gesichtspunct.

20) Diese sind namentlich in der neueren Strafgesetzgebung ersichtlich.

1) Nicht wohl begreiflich ist die von neueren Schriftstellern aufgestellte Behauptung, daß die alte Rechtlosigkeit spurlos verschwunden oder gar daß sie in die heutige Anrüchtigkeit übergegangen sei. So z. B. Budde a. a. O. S. 119 u. A. m. Der Zusammenhang der alten Rechtlosigkeit mit der heutigen Ehrlosigkeit, in welche sie im Laufe der Zeiten umgebildet wurde, wird ja durch die evidentesten Analogieen beider Verhältnisse bewiesen. Die Entziehung processualischer Ehrenrechte, in denen sich im Mittelalter die Vollfreiheit realisirte, ist heutzutage die Entziehung der im Text genannten Befugnisse des öffentlichen

der Ehrlosigkeit ausgebildet. Diese ist die Entziehung der bürgerlichen Ehre, welche eine Lebensbedingung der vollen Berechtigung im sittlichen Gemeinleben ist [2]). Ihre Wirkung ist eine Verminderung der Rechtsfähigkeit; diese Wirkung findet ihre Gränze, wo die bürgerliche Ehre nicht als bedingende Voraussetzung der Persönlichkeit dasteht [3]). Der Werth des Besitzes einer vollen Berechtigung im sittlichen Gemeinleben aber bewirkt, daß eine Schmälerung derselben nur in den Fällen äußerster Entsittlichung angenommen wird, nur bei schweren Verbrechen. Die Frage, wann die Ehrlosigkeit stattfindet, ist deshalb eine Frage des Strafrechts [4]). Dieß aber spricht die Ehrlosigkeit entweder als die directe Strafe eines Verbrechens aus [5]), oder läßt dieselbe als die Folge

---

Rechts; die Strafen zu Hals und Hand und Haut und Haar sind heutzutage die s. g. entehrenden Strafen. Ungenau und mehrfach uncorrect ist die Darstellung bei Reyscher würtemberg. Pr.-R. §. 180.

2) Uebrigens ist zu bemerken, daß die neueren Gesetzgebungen, obschon sie im Allgemeinen von dem im Text genannten Gesichtspuncte ausgehen, in der Regel eine Reihe von Abstufungen der Ehrenschmälerung größeren oder geringeren Grades enthalten. So z. B. das Würtemb. Strafgesetzb. Art. 27—34 und das Ges. über die privatrechtl. Folgen der Verbrechen u. Strafen v. 5. Sept. 1839. §. 1—6.

3) Daher und auch aus anderen, criminalpolitischen Gründen ist der bürgerliche Tod, den einige neue Strafgesetzgebungen kennen, nicht zu billigen. S. Köstlin System d. Strafrechts 1. Bd. (1855) S. 427.

4) Sehr richtig Mittermaier Grunds. §. 102. Hiernach versteht es sich von selbst, daß von einer infamia immediata nicht mehr die Rede sein kann. A. M. Marezoll a. a. O. S. 350 flg. Die entgegenstehenden Bestimmungen der Reichsgesetzgebungen, nämlich Reichsabschied v. 1550 §. 80, Reichsschluß v. 19. Sept. 1668, Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 22 und v. 1577 Tit. 23 §. 2 (Savigny System 3. Bd. S. 227 f.) sind längst aus der Praxis verschwunden. Theils beruhten sie auf irrthümlicher Auffassung des römischen Rechts, theils setzten sie wirklich ein Strafurtheil voraus.

5) Sofern nicht der erkennende Richter aus besonderen Gründen die Ehre ausdrücklich vorbehält. — Vgl. über die ganze Lehre, insoweit sie dem Strafrechte zufällt, Köstlin a. a. O. §. 125.

einer anderen Strafe eintreten, deren Erdulden mit der sittlichen Würde des Menschen im Widerspruch steht[6]).

Die Wirkungen der Ehrlosigkeit sind nun nach dem obigen Maßstabe folgende: 1) Entziehung der öffentlichen Aemter und Verlust der Fähigkeit zu ihrer Uebernahme[7]). Hier findet kein Unterschied zwischen Staats- und Gemeindeämtern statt, und insbesondere gehören hierher auch Advocatur, Notariat und Procuratur[8]). 2) Verlust des politischen Theils des Bürgerrechts[9]), der activen und passiven Wahlrechte. 3) Ausschluß von Zünften[10]) und Genossenschaften, welche den Besitz vollkommener bürgerlicher Ehre zur besonderen Bedingung der Mitgliedschaft machen. Dahin gehört gewissermaßen auch die Unfähigkeit des Ehrlosen für das Lehnsverhältniß, wenn nicht der Lehnsherr diese Eigenschaft übersieht[11]). 4) Entziehung der politischen Rechte des

6) Dahin gehören die durch Henkershand vollzogenen Strafen, der Pranger, Staupenschlag u. s. w.

7) Es versteht sich von selbst, daß durch die Ehrlosigkeit auch die Auszeichnungen verloren werden, welche an und für sich kein eigentlich juristisches Interesse haben, z. B. Titel, Orden, hie und da auch Nationalcocarde. Jedoch setzt der Verlust dieser rein gesellschaftlichen oder politischen Auszeichnungen nicht immer wirkliche Ehrlosigkeit voraus. S. auch Note 12.

8) Man braucht sich hierbei weder auf römisches Recht, noch auf die Reichsgesetze zu berufen. Es besteht ein entschiedenes Gewohnheitsrecht, hervorgegangen aus der öffentlichen Meinung über die Bedeutung dieser Aemter.

9) Dieß selbst aber, z. B. das städtische Bürgerrecht, geht damit an sich noch nicht verloren. A. M. Eichhorn §. 88 n. h.

10) Reichspolizeiordn. von 1577 Tit. 38 §. 4. Reichsschluß von 1731 §. 5. 13.

11) Das deutsche Recht spricht entschieden Lehnsunfähigkeit aus. Sächs. Lehnr. Art. 2. Vet. Auct. 1 §. 4. Anders das longob. Lehnr. I feud. 24 §. 10. Vgl. Weber Handb. des Lehnr. III. S. 28 flg.

Adels [12]). 5) Zurücksetzung in den Fällen, in welchen das Ermessen des Richters die Individualität der Person in Betracht zu ziehen hat, z. B. beim Zeugniß. — Dagegen erstrecken sich die Wirkungen der Ehrlosigkeit im Allgemeinen nicht auf die einzelnen Privatrechte [13]); es ist daher als eine Ausnahme zu betrachten, wenn das römische Recht der Ehrlosigkeit einen Einfluß auf die querela inofficiosi testamenti einräumt.

Die Wirkungen der Ehrlosigkeit kann der Landesherr durch restitutio famae aufheben [14]).

2) Anrüchtigkeit.

§. 41.

Entsprechend der Echtlosigkeit des ältern Rechts giebt es in der Anrüchtigkeit (Unehrlichkeit) auch jetzt noch eine Schmälerung der bürgerlichen Ehre und folgeweise der Rechtsfähigkeit, welche die Folge gewisser E i g e n s c h a f t e n einer Person ist. Solche Eigenschaften sind 1) die uneheliche Geburt. Die wenigen etwa noch übrig gebliebenen Wirkungen der darin liegenden Ehrenminderung, als Unfähigkeit zum Ein-

12) Ob der Adelsstand damit selbst verloren geht, ist bestritten. Aus dem oben aufgestellten Princip würde dieß nur für die p o l i t i s c h e Auszeichnung folgen, welche mit der allgemeinen Schmälerung der Rechtsfähigkeit verloren geht. Uebrigens setzt weder der Verlust der politischen Bürgerrechte, noch der in Particularrechten (Pr. Lndr. Th. 2 Tit. 9 §. 91, 92; Tit. 20. §. 633, 672 u. bayr. Strafgesetzb. Art. 22 flg.) häufig festgesetzte Verlust des Adels immer wirkliche Ehrlosigkeit voraus; er kann auch Folge eines anderen als eines ehrlosmachenden Verbrechens sein. Wo es übrigens der Fall ist, wird der ehemalige Adelige nicht etwa ein ehrbarer Bürger.

13) Anders manche Particularrechte. Vgl. z. B. Haubold sächs. R. §. 113.

14) Vgl. Reichsschluß v. 4. Sept. 1731, wo die restitutio famae erwähnt wird. Griebner opusc. jur. publ. T. I Sect. III p. 76 und Sect. IV p. 121.

tritt in Zünfte[1]), zur Ordination[2]) und zum Lehnserwerbe[3]), können mit Ausnahme der letzten durch wirkliche[4]) und unvollkommene Legitimation (legitimatio ad honores)[5]) gehoben werden. 2) Das Gewerbe des Abdeckers (Caviller), welches von der Theilnahme an Handwerken, Zünften und Corporationen, deren Voraussetzung die Unbescholtenheit der Ehre ist, ausschließt[6]). Die Kinder des Abdeckers sind, wenn sie das Gewerbe nicht selbst getrieben haben, ebensowenig als der bloße Inhaber der Cavillereigerechtigkeit und der Scharfrichter mit der Anrüchtigkeit behaftet[7]). Getilgt wird dieser Makel[8]) in jedem Falle durch die dem Landesherrn zustehende Ehrenhaftmachung[9]).

---

1) Vgl. Reichsschluß vom 4. Sept. 1731 §. 11.

2) Cap. 14 de filiis presbyt. (1, 17).

3) II feud. 26 §. 41.

4) Vgl. den in Note 1 angef. Reichsschluß.

5) Vgl. über diese Legitimation per rescriptum Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 351 Note m. und §. 449. Noch weiter geht das Preuß. Landr. Th. II Tit. 2 §. 662 flg., welches eigentlich die Unehrlichkeit der Unehelichen gar nicht anerkennt; ebenso verwirft sie das Oesterr. Gesetzb. §. 162.

6) Durch die Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 37 §. 1 und v. 1577 Tit. 38 §. 1, sowie durch den Reichsschluß v. 1731 §. 4 wurde eine Menge von Handwerken von der Unehrlichkeit befreit, mit welcher sie der ausgeartete Zunftgeist belegt hatte. Nur der Schinder wurde als unehrlich anerkannt. Vgl. schon d. Reichspolizeiordn. von 1530 Tit. 21.

7) Vgl. Reichsschluß von 1772 §. 5.

8) Es herrscht Streit, ob die Anrüchtigen zu den personae turpes gehören, wegen welcher den Geschwistern des Testators die querela inofficiosi test. zusteht. Dieß ist zu verneinen, da jene Turpidät vorzüglich eine moralische Verächtlichkeit sein soll. Vgl. auch Kind quaest. forens. (ed. 2) Tom. I p. 345. Dagegen Marezoll a. a. O. S. 390. Walter d. Pr.-R. §. 74 will die querela wenigstens gegen den Abdecker zulassen.

9) Vgl. Reichsschluß von 1772 §. 5.

3) Verächtlichkeit.

§. 42.

Die Verächtlichkeit[1]) ist nicht an einzelne speciell bestimmte Handlungen geknüpft, sondern die Folge einer Verurtheilung durch die öffentliche Meinung, wo sie die Unsittlichkeit, Immoralität und unwürdige Lebensweise[2]) rügt. Obschon sie daher nicht ein wirkliches Rechtsinstitut, sondern ein rein factischer Zustand ist, so hat sie doch bestimmte juristische Wirkungen. Sie bewirkt eine Zurücksetzung und Beschränkung der Rechtsfähigkeit in allen Fällen, in welchen der Richter auf die menschliche Eigenthümlichkeit der Personen Rücksicht zu nehmen hat[3]). Auch wird sie oft als Hinderniß beim Eintritt in ehrenhafte Genossenschaften aufgestellt[4]).

B. Wegen der Verschiedenheit der Religion.

a) Bei den christlichen Religionsparteien.

§. 43.

Obschon der westphälische Friede auch Diejenigen, welche sich bei der Ausübung ihrer Religion nicht auf das Normaljahr berufen konnten, im vollen Genuß aller bürgerlichen und politischen Rechte zu schützen versprach[1]), so wurde doch diese

---

1) Die Verächtlichkeit fällt mit der römischen turpitudo zusammen. Von einem unrichtigen Begriffe der Verächtlichkeit geht aus Bluntschli deutsch. Pr.-R. §. 32 Anmerk.

2) z. B. der Vagabunden, Zigeuner, feilen Dirnen, Kuppler, Bärenführer u. s. w.

3) So beim Zeugniß, particularrechtlich bei der Auflegung des Reinigungseids, bei der Wahl des Vormunds. Andere Folgen, welche das römische Recht daran knüpft, z. B. bei der querela inoff. testamenti der Geschwister, s. bei Puchta Pandekten §. 119.

4) So wird sie als Hinderniß des Erwerbs des städtischen Bürgerrechts betrachtet, auch gewiß der Zunftgenossenschaft; vgl. Eichhorn Einl. §. 90.

1) J. P. O. art. 5 §. 34. Subditi, qui — religionis suae exer-

Zusicherung durch die anderweite Bestimmung dieser Urkunde [2]) wieder theilweise entkräftet, nach welcher es dem Landesherrn frei stehen sollte, die bezeichneten Unterthanen zur Auswanderung zu zwingen. Die Ungleichheit des Rechtszustandes, welche in Folge dieses Zugeständnisses in vielen Territorien an die Abweichung der Confessionen geknüpft wurde, ist nun beseitigt worden durch den sechzehnten Artikel der deutschen Bundesacte [3]), welcher allen Unterschied in dem Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte, sofern er sich auf die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien stützt, von den Ländern des deutschen Bundes ausschließt. Obschon diese Vorschrift allgemein lautet, so ergiebt doch die Geschichte derselben [4]), daß sie sich nur auf die drei christlichen Religions-

---

citium nulla anni (1624) parte habuerunt, nec non qui — diversam a territorii domino religionem profitebuntur, — patienter tolerentur. — §. 35. Sive autem Catholici sive Augustanae confessionis fuerint subditi, nullibi ob religionem — a mercatorum, opificum, aut tribuum communione, hereditatibus, legatis — aliisve juribus — arceantur, — sed in his et in similibus pari cum concivibus jure habeantur aequali justitia protectioneque tuti.

2) J. P. O. art. 5 §. 36. Quod si vero subditus, qui nec publicum nec privatum suae religionis exercitium anno 1624 habuit, vel etiam, qui post publicatam pacem religionem mutabit, sua sponte emigrare voluerit, aut a territorii domino jussus fuerit, liberum ei sit, aut retentis bonis aut alienatis discedere.

3) Die Bundesacte Art. 16: „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen."

4) Klüber Acten des Wiener Congr. Bd. II S. 439 flg.: Ad art. 14 (nämlich des Entwurfs) wurde, soviel die christl. Religionsparteien betrifft, bemerkt, daß in einigen Abschriften des Entwurfs der Ausdruck: drei christl. Religionsparteien eingeschlichen sei, und auf die Frage hierauf: ob die Bestimmung dieses Artikels auch auf andere christliche Sekten, z. B. Anabaptisten, Mennoniten, Herrnhuter u. s. w., zu ziehen sei? zwar diese Ausdehnung bedenklich gefunden, gleichwohl, da die Bezeichnung von 3 christl. Religionsparteien selbst der vor-

parteien, die Katholiken, Lutheraner und Reformirten beziehen wollte, so daß also hiernach das Recht des Staats, die Wirkungen des Bekenntnisses für eine separatistische Secte durch Beschränkung der Rechtsfähigkeit ihrer Anhänger zu bestimmen, ungeschmälert bestehen bleibt[5]); dagegen ist freilich die entschiedene Forderung der Zeit gerichtet, und hat auch bereits in vielen Particularrechten ihren Ausdruck gefunden. Der Uebertritt von einer jener christlichen Religionsparteien zur anderen kann keine Aenderung der Rechtsfähigkeit bewirken[6]).

---

maligen deutschen Reichsverfassung nicht angemessen sei, beliebt, die Zahl 3 zu streichen, und bloß zu setzen: „„christliche Religionsparteien"". Zur Zeit des Reichs, dessen Zustand offenbar vorschwebte, gab es aber zwei Religionsparteien, die Katholiken und die Augsburgischen Confessionsverwandten (d. h. Lutheraner und Reformirte)." So ist denn auch der Artikel direct und indirect von allen spätern Verfassungsgesetzen verstanden worden. Vgl. Zachariä deutsches Staats- und Bundesr. Bd. 1 S. 407 flg. Vgl. auch Mohl würtemb. Staatsrecht Bd. 1 S. 375 flg.

5) Dieß folgt schon indirect aus dem Reformationsrechte des Staats, welches in Betreff anderer als der 3 genannten christl. Confessionen noch fortbesteht, wo es nicht in der neusten Zeit beschränkt worden ist. Vgl. Richter Kirchenrecht §. 71. Die rechtlichen Nachtheile aber können der verschiedensten Art sein, politischer und privatrechtlicher. Vgl. z. B. Reyscher würtemb. Privatr. Bd. 1 §. 173. S. überhaupt Wilda in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 11 S. 161 flg.

6) Von selbst versteht es sich, daß durch Privatdisposition vermögensrechtliche Vortheile an das Zugehören zu einer bestimmten Confession geknüpft sein dürfen, z. B. Pfründen, Stipendien, Fideikommisse. Ob dagegen die Bedingung, die Religion zu ändern, eine conditio turpis sei oder nicht, ist bestritten. Diese Frage muß entschieden bejaht werden. Vgl. Puchta Vorlesungen über d. heut. röm. Recht Bd. 1 (1847) S. 127 und Eichhorn Einl. §. 79. Dagegen Vangerow Leitfaden für Pandekten I. S. 110. Walter d. Pr.-R. §. 77, 9 u. A. wollen die Absicht der Parteien im concreten Falle untersucht wissen; allein bei dem hier vorausgesetzten Thatbestande bedarf es keiner solchen Untersuchung mehr. Ganz anders ist der Standpunct bei der Bedingung, die Religion **nicht** zu ändern, welche nicht die Voraussetzung einer nur bei der reinsten

b) In Rücksicht auf die Juden.

Einleitung.

§. 44.

Der Gesichtspunct für die Behandlung der Verhältnisse der Juden in Deutschland war der[1]), daß sie vermöge der Verschiedenheit ihrer Religion und Nationalität als Fremde betrachtet und von der allgemeinen Rechtsfähigkeit ausgeschlossen waren. Sie bedurften deshalb eines Schutzes; diesen zu ertheilen, war ein Reservatrecht des Kaisers, das sich wegen der an die kaiserliche Kammer dafür zu entrichtenden Abgaben der Juden als ein nutzbares Regal herausstellte[2]) und später durch Verleihung nicht bloß in die Hände der Chur- und Reichsfürsten[3]), sondern auch an die unmittelbaren und mittelbaren Städte[4]) und selbst an Patrimonialherrn gelangte. Der

---

Absicht zu rechtfertigenden That, sondern der Fortdauer eines unbedenklichen Zustands ist.

1) Siehe Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 297 u. 350. Scheppler über die Aufhebung des Judenleibzolls, nebst einer skizzirten Geschichte der Juden u. s. w. 1805. Spieker über die ehemalige und jetzige Lage der Juden in Deutschland, 1809. Schmid über das Bürgerrecht der Juden in Deutschland in dessen Journal: Der deutsche Bund. Bd. 1 Heft 2. 1816. — Außerdem vgl. als ältere dogmatische Schriften: Beck tractatus de jur. Judaeor., vom Recht der Juden. 1741. J. Ch. K. Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. 1 S. 106—235. Thiel principia jurisprudentiae judaicae per German. commun. 1790.

2) Vgl. Schwabensp. 349, 1 (Wackernagel 214). Richardi R. dipl. a. 1262 ap. Schoepflin Als. dipl. 1, 441. Eichhorn a. a. O. §. 297 N. c. Daher hießen die Juden des heil. röm. Reichs Kammerknechte. Ueber ihre Abgaben vgl. Eichhorn a. a. O. N. f.

3) Aurea Bulla IX, 1 et 2. Reichspolizeiordnung v. 1548 Tit. 20 §. 1: „Daß hinfüro Niemand Juden anzunehmen oder zu halten gestattet werden solle, dann denjenigen, die von Uns und dem heil. Reich Regalia haben, oder insonderheit derhalben privilegirt seynd."

4) z. B. Urkunde Karls IV. für Frankfurt v. 1363 bei Kraut Grundr. §. 72, 9.

ertheilte Schutz war aber widerruflich[5]), auch bezog er sich keineswegs immer auf die Nachkommen oder auf alle Orte des bestimmten Territoriums[6]), vielmehr mußten selbst die vergeleiteten Juden[7]) bei ihren Reisen im Lande noch einen besonderen Schutz durch Entrichtung eines Leibzolles erkaufen. Aus diesem Gesichtspuncte erklärt es sich, daß sie (im besten Falle) als bloße Schutzverwandte vom Erwerb des Bürgerrechts, des Grundeigenthums und von allen öffentlichen Aemtern ausgeschlossen, und außerdem noch rechtlichen Nachtheilen unterworfen waren, welche aus ihrem Mangel an vollkommener Persönlichkeit hervorgingen und durch die ihnen ertheilten Wucherprivilegien[8]) nicht ausgeglichen werden konnten. Dazu gesellte sich jedoch ein Zugeständniß, in welchem eine schwache Würdigung ihrer Nationalität lag, nämlich die in gewissem Umfange herrschende, mit der Zulassung ihrer Religionsübung in Verbindung stehende Anerkennung der Anwendbarkeit ihres nationalen Rechts.

Diese Verhältnisse haben sich seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts vielfach verändert. Zwar sind durch die Bun=

5) z. B. Urk. v. 1462 bei Eichhorn R.=G. §. 297 N. d: „So ein Römischer Kaiser oder König gekrönt wird, mag er den Juden allenthalben im Reich all ihr Gut nehmen, dazu ihr Leben und sie tödten, bis auf eine Anzahl, der lützel seyn soll, zu einem Gedächtnuß." Dieß Recht ist oft wenigstens insofern ausgeübt worden, als die Juden mit ihrem Vermögen verkauft, verpfändet und ihre Forderungen cassirt wurden. Sie waren ein reines Finanzmittel und die letzte Zuflucht in Geldnoth, weshalb man ihnen ausnahmsweise den Wucher frei gab.

6) Oft waren die Juden sogar in einer Stadt nur auf das Bewohnen bestimmter Straßen beschränkt. Außerdem waren sie noch verpflichtet, sich durch auszeichnende Kleidung kenntlich zu machen, an christl. Festen sich verborgen zu halten.

7) d. h. die durch Schutzbriefe, für welche sie das s. g. Schutzgeld bezahlten, ansässig gewordenen Juden, im Gegensatz der s. g. unvergeleiteten.

8) Vgl. den §. 45.

desakte[9]) den Juden nur die ihnen bis dahin von[10]) den einzelnen Bundesstaaten ertheilten Rechte garantirt und die dort in Aussicht gestellte Verbesserung ihrer Verhältnisse durch Vermittelung des Bundes ist seither unterblieben; dafür hat aber die Gesetzgebung vieler einzelnen Staaten[11]) Deutschlands die Kreise ihrer Rechtsfähigkeit zu erweitern gestrebt, und es ist jetzt der dadurch hervorgebrachte Zustand in seiner Verbindung mit den früheren Verhältnissen darzustellen.

Beschränkungen der Juden im heutigen Rechte.

§. 45.

Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Juden wird sowohl im öffentlichen[1]), als im Privatrechte wirksam.

---

9) Bundesacte Art. 16.

10) Vgl. Klüber Acten des Wiener Congr. Bd. 2 S. 535. Die früher vorgeschlagene Fassung: „in den Bundesstaaten" würde die Beibehaltung des französischen Zustands zur Folge gehabt haben.

11) Ueber Oesterreich s. Barth v. Barthenheim Beitr. z. polit. Gesetzeskunde im österr. Kaiserst. Bd. 1 Abth. 1. Preuß. Gesetze vom 11. März 1811 und vom 23. Jul. 1847. Bayer. Ges. vom 10. Juni 1813. Würtemb. Ges. v. 25. Apr. 1828 (vgl. Mohl würtemb. Staatsr. I. S. 519 flg. Reyscher würt. Pr.-R. I. S. 293). Königl. Sächs. Ges. v. 1839. Badisches Edict v. 13. Jan. 1809. Weimar. Judenord. vom 20. Jun. 1823 und vom 6. Mai 1833. Hannoverisches Ges. v. 30. Sept. 1842. Kurf. Hess. Ges. v. 14. Mai 1816, Edict des Großherzogs v. Frankfurt v. 7. Febr. und 28. Dez. 1811. (Vgl. Klüber Uebers. d. Verhandl. des Wiener Congr. S. 375.) Frankf. Judenordnung von 1824. Auch die neueren Verfassungsurkunden enthalten Bestimmungen über die Verhältnisse der Juden. Eine abermalige Veränderung der rechtlichen Stellung der Juden haben in Deutschland die Einflüsse der Jahre 1848 und 1849 hervorgebracht; jedoch hat die Gesammtheit der Erweiterungen der den Juden gewährten Rechte noch kein bestimmtes Ziel in der Gesetzgebung gefunden.

1) Obschon die das öffentliche Recht berührenden Puncte dem Staatsrechte zugehören, so sind sie doch hier wegen ihres innigen Zusammenhangs mit dem Privatrechte unter einem andern Gesichtspunct zu wiederholen.

Staatsrechtlich beschränkt sind die Juden noch immer in Betreff der Erwerbung des Unterthanenrechts. Zwar werden nur noch in wenigen deutschen Ländern die Juden als bloße Schutzverwandte und als außer dem eigentlichen staatlichen Verbande stehend betrachtet, und namentlich ist wohl überall der Leibzoll verschwunden, aber doch ist das ihnen eingeräumte Unterthanenrecht regelmäßig auf den möglichst geringen Umfang seiner Wirksamkeit zurückgeführt. So pflegen die Juden von öffentlichen Staatsstellen [2]), weniger von Gemeindeämtern [3]), entweder ganz oder größtentheils ausgeschlossen zu sein; es fehlen ihnen regelmäßig die politischen Staatsbürgerrechte, so daß, wenn sie mit dem Besitz eines Grundstückes verbunden sind, deren Ausübung ebenso als in diesem Falle das Patronat und die Patrimonialgerichtsbarkeit ruht [4]); ihre Ansiedlung im Lande [5]) und ihre Uebersiedlung von einer

2) Das Preuß. Ges. von 1847 läßt die Juden zu Staats- und Communalämtern, „wenn mit einem solchen Amte die Ausübung einer richterlichen, polizeilichen oder executiven Gewalt nicht verbunden ist"; auch die Universitätsprofessur wird ihnen in gewissem Maße eröffnet. Das würtemb. Ges. von 1828 hebt hervor Advocatur, ärztliche und pharmazeutische Praxis, als für den Juden offen stehenden Erwerbszweig. Allein diese Bestimmungen, namentlich die preußischen, konnten bis zum Jahre 1848 als die äußerste Gränze bezeichnet werden, bis zu welcher die Gesetzgebung vorgeschritten ist. Streitig ist namentlich, ob die Juden fähig sind zum Erwerb wissenschaftlicher Ehren, z. B. des Doctorgrads; die medicinischen und philosophischen Facultäten sind hier allenthalben entschieden, die juristischen waren wenigstens früher schwankend.

3) Besonders fängt man in einigen Staaten jetzt an, die Juden in den s. g. äußern Rath zu wählen.

4) Vgl. Preuß. Ges. v. 1847. Tit. I Absch. 1 §. 3. Würtemb. Ges. Art. 27 u. 29. Moy Bayer. Staatsrecht Bd. I §. 146, 5. Dagegen ist es ihnen in vielen Staaten in neuster Zeit gelungen, die Wahlfähigkeit zum Landtage zu erringen.

5) Dazu gehört regelmäßig eine Genehmigung des Ministeriums; vgl. Preuß. Ges. Tit. III §. 71. Oft ist ausdrücklich das Erforderniß

Gemeinde in die andere[6]) ist durch lästige Bedingungen erschwert und oft in die Willkür der Gemeinde gestellt. Und selbst diese Rechte werden ihnen regelmäßig nur gestattet, wenn sie bestimmte Familiennamen annehmen und sich des Schacherhandels enthalten[7]).

In privatrechtlicher Hinsicht ist nun zwar den Juden durch neuere Gesetzgebungen der Erwerb des Grundeigenthums gestattet[8]), aber der Verkauf desselben aus polizeilichen Gründen oft wieder beschränkt[9]). Auch die freie Gewerbthätigkeit ist hie und da durch Ausschließung der Juden von Zünften gehemmt[10]). Dagegen sind heutzutage in vielen Ländern die Rechtssätze beseitigt, welche aus einem Mißtrauen gegen die sittliche Zuverlässigkeit der Juden hervorgingen[11]), als die Unglaubwürdigkeit ihres Zeugnisses gegen Christen[12]), das Verbot der Cession von Forderungen

gestellt, daß kein Schacherhandel getrieben werde; so in Würtemberg. Außerdem kann regelmäßig die Gemeinde nicht zur Aufnahme gezwungen werden.

6) So in Würtemberg, wo eine Gemeinde sich die Uebersiedelung eines Juden nur dann gefallen zu lassen braucht, wenn er sich zehn Jahr vorher zum Feldbau oder zu einem Handwerk vorbereitet hat.

7) Vgl. z. B. Preuß. Ges. v. 1847. Tit. I §. 5. Ueber die Beschränkungen des Schacherjuden ist am bestimmtesten das würtemberg. Gesetz.

8) Der Grund der früheren Ausschließung vom Erwerb des Grundeigenthums lag größtentheils im Mangel des Ortsbürgerrechts.

9) So in Würtemberg erst nach 3jähriger Bewirthschaftung, um dem Güterhandel vorzubeugen. Vgl. Mohl a. a. O. S. 526.

10) Vgl. Bayer. Ges. §. 16. Barth von Barthenheim a. a. O. S. 199. Dagegen Bayr. Ges. §. 18 und badisches Ges. §. 17.

11) Dieß ist entweder besonders ausgesprochen (z. B. Würtemb. Ges. Art 5 u. 6) oder ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes.

12) Die Praxis schwankte hier. Vgl. Struben rechtl. Bedenken 3. Bd. S. 244. Das Reichskammergericht ließ das Zeugniß mit Recht gelten.

der Juden gegen Christen an Christen[13]), die Nothwendigkeit richterlicher Mitwirkung bei Verträgen zwischen Juden und Christen[14]), geringere Beweiskraft ihrer Handelsbücher[15]); die Beseitigung der letzteren Beschränkungen setzt jedoch nach den meisten neueren Gesetzen den Gebrauch der deutschen Sprache bei Aufzeichnung der Geschäfte voraus. Auch die Versagung der Dotalprivilegien für die jüdische Ehefrau[16]) fällt da hinweg, wo den Juden ausdrücklich gleiche Privatrechte mit den Christen zugesichert sind; ist aber auch außerdem in manchen Ländern schon gewohnheitsrechtlich beseitigt[17]). Dagegen sind die Wucherprivilegien der Juden, die Befugniß, höhere als landesübliche Zinsen beim Darlehen zu nehmen und in gutem Glauben erworbene Sachen nur gegen Erstattung des Kaufpreises an den Vindicanten herausgeben zu brauchen, schon längst aufgehoben[18]).

Jüdisches Recht.

§. 46.

Die Anerkennung des religiösen Cultus der Juden führte

---

13) Vgl. Reichsabschied v. 1551 u. Reichspolizeiordn. v. 1577. Tit. 20 §. 4. Cessio in potentiorem; diese ratio fällt heutzutage freilich weg; aber man kann darum nicht sagen, daß der Satz deshalb antiquirt sei. Vgl. Glück Comm. zu d. Pand. Th. 16 S. 431 flg. Bei der Cession kaufmännischer Forderungen findet diese Regel jedoch keinenfalls Statt, wegen der den Handelsverkehr gestattenden Schutzprivilegien. Vgl. Eichhorn Einl. §. 81.

14) Reichsabsch. v. 1551. §. 78. 79. Dieser Satz ist durch Gewohnheitsrecht abrogirt. Vgl. Struben rechtl. Bed. 3. Bd. Nr. 66.

15) Unrichtige Bedenken dagegen bei Struben a. a. O. Nr. 136.

16) Nov. 109. Cap. 2. Siehe die versch. Ansichten bei Glück a. a. O. 19. Bd. S. 117. Eine neue Untersuchung darüber ist von Schloß: die Dotalprivilegien der Jüdinnen 1856.

17) Vgl. Kreittmayr ad Cod. Bav. Civil. P. 5 Cap. 20 §. 3.

18) Dieß ist schon durch die Reichsgesetze aufgehoben. Vgl. Reichspol.-Ordn. v. 1548. Tit. 19 §. 6 u. Tit. 20, und v. 1577. Tit. 20.

von selbst die Zulässigkeit ihres damit in Verbindung stehenden Rechts in einem bestimmten Maße mit sich. Die Quellen dieses Rechts sind 1) die fünf Bücher Mosis[1]; 2) der Talmud, bestehend aus der Mischna und dem Commentar dazu, der Gemara; dazu gehört auch 3) ein im zwölften Jahrhunderte verfaßter Auszug aus dem Talmud und eine im sechzehnten Jahrhunderte bearbeitete systematische Darstellung seiner Lehren, Schulchan Aruch genannt, welche Rechtsbücher den Charakter gesetzlicher Quellen erhalten haben[2]. Die Anwendbarkeit dieses Rechts, dessen Geltung der Richter in analoger Weise wie die eines Gewohnheitsrechts zu ermitteln hat[3], findet zunächst in denjenigen Theilen Statt, welche Ceremonialvorschriften und von der Religion untrennbare Bestimmungen über das Familien-, besonders das Eherecht enthalten, sofern letztere nicht mit dem allgemeinen Sittlichkeitsgefühle der Gegenwart im Widerspruch stehen[4].

---

1) Michalis mosaisches Recht. 1770—1775. 6 Thle. 2. Aufl. 1775—1783. J. L. Saalschütz das mosaische Recht mit Berücksichtigung des späteren jüdischen. 2 Bde. 2. Aufl. 1853.

2) Ausgabe der Mischna u. Gemara v. Surenhusius. Amstelod. 1698—1703. 3 Tom. fol. Dann von J. J. Rabe. Onolzb. 1760—63. 6 Thle. 4. Auszug aus dem Schulchan Aruch ist das Buch: Ritualgesetze der Juden, betr. Erbschaften, Vormundschaftssachen, Testamente, Ehesachen, so weit sie das Mein und Dein angehen, entworfen v. Mos. Mendelssohn auf Veranlass. und unter Aufs. Hirschel Levin u. s. w. Berl. 1778. 5. Auflg. 1826.

3) Gutachten der Rabbinen werden hier ein regelmäßiges Erkenntnißmittel sein, da der unmittelbare Zutritt zu den Quellen oft schon deshalb nicht genügen kann, weil die Juden in Secten gespalten sind, deren Grundsätze selbst in Bezug auf das nationale Recht abweichen.

4) Daher muß sowohl die s. g. Leviratsehe als auch die Ehescheidung durch bloße Einhändigung eines Scheidungsbriefs durch den Mann als ausgeschlossen betrachtet werden. — Es versteht sich übrigens, daß auch die so beschränkte Anwendung des jüdischen Rechts nur stattfindet bei Streitigkeiten der Juden unter einander.

Im Uebrigen kann dem jüdischen Rechte in keiner Weise eine privatrechtliche Wirksamkeit zugeschrieben werden (insbesondere auch nicht im Erbrechte und Güterrechte der Ehegatten), wenn nicht die Privatdisposition der Parteien eine ausdrückliche Unterwerfung unter dasselbe erweist [5]). Auch steht den in den Judengemeinden angestellten Rabbinen keinerlei Art der Gerichtsbarkeit zu [6]), wogegen sie sehr häufig das Amt der Schiedsrichter führen.

C. Wegen Mangels des Indigenats.

1) Im Allgemeinen.

§. 47.

Im vollen Widerspruche gegen das ehemalige deutsche Recht, welches den Fremden als rechtlos betrachtete [1]), anerkennt das heutige Recht in Deutschland auch die rechtliche Persönlichkeit des Ausländers. Eine Gegenüberstellung der Inländer gegen die letzteren liegt deshalb zwar wohl im Bedürfnisse des Staatsrechts, nicht aber des Privatrechts, indem nur das Staatsleben die Beschränkung auf die Individualität eines Volkes erfordert [2]). Obschon nun hiernach im

---

5) Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I S. 140 flg.

6) Der s. g. Schulbann der Rabbinen ist bloß ein zur Realisirung der jüdischen Ceremonialgesetze zustehendes Mittel. Dagegen haben sie namentlich auch keine freiwillige Gerichtsbarkeit. Früher genossen sie oft eine weitere Autorität in Folge besonderer Privilegien; vgl. G. L. Boehmer de officio et potestate rabbini provincialis in terris Brunsvico-Luneburg. Gotting. 1751. Schröter a. a. O. S. 153 flg.

1) Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 46.

2) Es ist deshalb die ganze Lehre von dem Begriff, Erwerb, den Wirkungen und dem Verluste des Indigenats, welche seither regelmäßig im deutschen Privatrecht abgehandelt zu werden pflegte, durchaus dem Staatsrecht zu überweisen. Denn die Eigenschaft Jemandes als Unterthan und Staatsbürger ist an sich etwas rein Staatsrechtliches, das

Allgemeinen die Lehre von dem Indigenate, als einem rein staatsrechtlichen Verhältnisse, aus dem Gebiete des Privatrechts auszuscheiden ist, so verdienen doch hier diejenigen Fragen eine Erwägung, welche den Einfluß der Eigenschaft als Ausländers auf die Ausübung eines Privatrechts betreffen; und nur in dieser Beziehung läßt sich noch von einer theilweisen Beschränkung des Ausländers reden [3]). Denn die Zurücksetzung des Fremden durch Anwendung der Retorsion ist als anomales Verhältniß aus dieser Darstellung ausgeschlossen [4]).

Eine Schranke in der Ausübung von Privatrechten des Fremden liegt 1) darin, daß der Eigenthümer im Auslande gelegener Grundstücke (Forense) alle wenn auch immer auf Privatrechtstiteln beruhenden Wirkungen des Grundeigenthums entbehrt, welche einen lediglich politischen Charakter haben [5]). Dagegen genießt er außerdem die vollste Gleichheit aller

---

nur in seinen Folgen das Privatrecht berührt. Diese Auffassung findet sich denn auch bei den neueren Staatsrechtslehrern. S. z. B. Zachariä deutsches Staats- und Bundesrecht. Bd. I §. 92.

3) Eine wahre Verminderung der Rechtsfähigkeit des Fremden gegenüber dem Inländer ist zunächst durch den Art. 18 der deutschen Bundesacte für die Staaten des deutschen Bundes beseitigt, indem dort namentlich anerkannt wurde, was früher oft theils direct, theils durch Mark- und Landlosung entzogen war, die Befugniß zum Erwerb des Grundeigenthums in einem fremden deutschen Staate unter nicht drückenderen Bedingungen, als denen, welche dessen Unterthanen genießen. Dasselbe gilt heutzutage in Deutschland auf Grund unseres jetzigen Völkerrechts auch gegenüber den außerdeutschen Staaten, sofern nicht Retorsion geübt wird. Die ehemalige Zurücksetzung der Fremden bei der Geltendmachung von Forderungen, namentlich in Betreff der Priorität beim Concurs (vgl. z. B. Reyscher Würtemb. Privatr. §. 166), dürfte heutzutage kaum mehr außer dem Falle der Retorsion geübt werden (vgl. Heffter System des Völkerrechts S. 105). S. Pr. Landr. Einl. §. 41.

4) Vgl. Heffter a. a. O. S. 191.

5) Vgl. z. B. Pözl Bayr. Staatsverfassungsrecht §. 23. Oft

auf den Grundbesitz Bezug habenden Rechte und Pflichten mit den Inländern[6]), daher mit dem Rechtsschutze auch die Verpflichtung, sich dem Gerichte der belegenen Sache zu stellen, sofern die angebrachte Klage auf das Eigenthum des fraglichen Grundstücks Bezug hat[7]); wo diese Verbindlichkeit auch auf andere als solche Klagen ausgedehnt ist, oder Unterthanenpflichten gefordert werden, welche nicht mit dem Besitze von Grundstücken zusammenhängen[8]), muß dieß als eine singuläre Belästigung bei der Ausübung des Eigenthums betrachtet werden. 2) Eine eigenthümliche Beschränkung kennt das deutsche Recht beim Erwerbe eines im Inlande liegenden Vermögens durch einen Ausländer und bei der Ausführung eines Vermögens in's Ausland durch einen Solchen, welcher sein Indigenat aufgegeben hat, in dem Institute des Abschosses und der Nachsteuer (§. 48).

---

wird gefordert, daß die politische Seite des Grundbesitzes durch einen aus den Unterthanen zu wählenden Stellvertreter müsse repräsentirt werden. Bisweilen wird sogar ein wirklicher Unterthaneneid verlangt, ohne daß ein eigentliches Unterthanenrecht damit begründet wird.

6) Art. 18 der D. Bundesacte: „Die verbündeten Fürsten u. s. w. kommen überein, den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten folgende Rechte zuzusichern: a) Grundeigenthum außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten unterworfen zu sein, als dessen eigene Unterthanen."

7) Dieß Verhältniß nennt man Landsassiatus minus plenus.

8) Landsassiatus plenus; diese Einrichtung kam schon im alten deutschen Rechte vor, s. Roth Beneficialwesen (1850) S. 226 N. 106 und 387 Not. 93. Oft wurde sogar ein Unterthaneneid (resp. Lehnseid) gefordert. Dieß Verhältniß gilt z. B. noch in Bayern (Pözl a. a. O.), in Sachsen u. s. w. Siehe Heimbach in seinen und Ortloff's, Schüler's und Guyet's Jurist. Abhandl. (1847) 1. Bd. S. 600.

2) Abschoß und Nachsteuer[1]).

§. 48.

Der Abschoß, d. h. ein bestimmter Abzug[2]) von einem durch Universal- oder Singularsucesssion[3]) an Auswärtige fallenden Vermögensquantum, ist unmittelbar aus der ehemaligen rechtlichen Stellung der Fremden hervorgegangen. Sie wurden als Rechtlose behandelt[4]), bedurften mithin des Schutzes des Königs oder der Vogtei des Immunitätsherrn. Hatten sie versäumt, diesen einzuholen, so zog der Inhaber der Vogtei die von den Fremden hinterlassene Erbschaft ein (Fremdlingsrecht, jus albinagii, droit d'aubaine); hatten sie aber den Schutz wirklich erbeten und verstarben sie mit Hinterlassung auswärtiger Erben, so konnten diese den Besitz der Erbschaft nur mit einer Gabe (gabella hereditaria, Abschoß) einlösen, was dann auf alle an Auswärtige fallende Vermögensarten ausgedehnt wurde.

Die Nachsteuer (gabella emigrationis, detractus personalis), d. h. eine beim Auswandern in ein fremdes Land zu zahlende Quote des Vermögens, hat zwar ebenfalls in

1) F. J. Bodmann pragmatische Geschichte, Grund und inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Deutschland überhaupt und im Erzstift Mainz insbesondere 1791. Dessen inneres Territorialverh. Dessen äußeres oder nachbarliches Territorialverh. u. s. des Abz. und Nachst. 1791. w. 1795. Besonders Maurer Geschichte der Frohnhöfe u. s. w. 2. Bd. 1862 S. 96 flg.

2) Welcher Abzug von 5 Proc. bis zu einem Drittel des Ganzen stieg. Vgl. Eichhorn Einl. §. 78.

3) Selbst Schenkungen und Brautschatz, nicht aber auswärtige Grundstücke, sofern sie nicht angekauft wurden, um das Capital der Nachsteuer zu entziehen. Diese Grundsätze sind für den Abschoß und die Nachsteuer im Wesentlichen gleich.

4) Daher das s. g. Wildfangsrecht des Churfürsten v. d. Pfalz, d. h. s. Befugniß, Fremde, welche sich eine Zeit lang im Lande aufgehalten, den Hörigen gleich zu behandeln. Maurer a. a. O. S. 102 flg.

den Vogteiverhältnissen ihren trüben Ursprung[5]), aber erst spätere Reichsgesetze[6]) und ihre Erklärung durch die Juristen gaben ihr eine breitere Grundlage.

Das Recht, diese Abgaben zu fordern, wurde als Regal[7]) aufgefaßt und den Landesherrn allgemein zugeschrieben, während es zugleich auch auf Grund verschiedener Rechtstitel städtische Magistrate und Gutsherrn ausübten, und wurde namentlich zur Retorsion häufig in Anwendung gebracht. Durch die deutsche Bundesacte (Art. 18) und den Bundesbeschluß vom 23. Jun. 1817[8]) sind sowohl der Abschoß als die Nachsteuer für die Staaten des Bundes gänzlich aufgehoben; es bestehen diese Institute mithin heutzutage nur noch in Bezug auf diejenigen außerdeutschen Länder, welche nicht durch be-

5) Vgl. Eichhorn Rechtsg. §. 368 und 448.

6) z. B. Reichsabsch. v. 1555. §. 24 (die wegen Verschiedenheit der Confession Auswandernden betr.).

7) Trotz der Auth. Friderici II. C. commun. de success. (6, 59). (Vgl. darüber Walter d. Pr.-R. §. 60, 6.) — Daher konnte auch stets die Gesetzgebung frei darüber verfügen. Jedoch ist bei einzelnen Freizügigkeitsverträgen bisweilen diese Berechtigung für Magistrate und Patrimonialherrn vorbehalten worden.

8) Protok. der Bundesvers. Bd. 3 S. 254. „— 2) Jede Art von Vermögen, welches von einem Bundesstaate in den andern übergeht, es sei aus Veranlassung einer Auswanderung, oder aus dem Grunde eines Erbschaftsanfalls, eines Verkaufs, Tausches, einer Schenkung, Mitgift oder auf andere Weise, ist unter der bundesvertragsmäßigen Abzugsfreiheit begriffen; und 3) jede Abgabe, welche die Ausfuhr des Vermögens aus einem zum Bunde gehörigen Staate in den andern, oder den Uebergang des Vermögenseigenthums auf Angehörige eines andern Bundesstaats beschränkt, wird für aufgehoben erklärt. Dagegen ist unter dieser Freizügigkeit nicht begriffen jede Abgabe, welche — — ohne Unterschied ob das Vermögen im Lande bleibt oder hinausgezogen wird, ob der neue Besitzer ein Inländer oder ein Fremder ist, bisher entrichtet werden mußte, namentlich Collateralerbschaftssteuer, Stempelabgabe u. dergl. — —." Diese Aufhebung des Abschosses und der Nachsteuer geschah ohne Entschädigung und traf jeden Berechtigten. Vgl. §. 6 eod.

sondere Freizügigkeitsverträge mit deutschen Staaten verbunden sind[9]).

II. Juristische Personen.

Allgemeines.

§. 49.

Die Uebertragung der Rechtsfähigkeit auf ein ideales Rechtssubject, wie sie schon das Bedürfniß des römischen Verkehrs hervorgerufen hat, ist ein so natürlicher Anspruch des Rechtslebens, daß kein gebildetes Volk mit lebendigem Verkehr diese Aushülfe entbehren kann. So hat auch das einheimische Recht, unbekannt mit der (erst heutiges Tags[1]) vollkommen aus den römischen Anwendungen abstrahirten) Theorie der juristischen Personen, schon frühzeitig den bezeichneten Weg betreten; denn in der Einrichtung der Markgenossenschaften, Land- und Stadtgemeinden und Zünfte liegen Beispiele einer thatsächlichen Anwendung jener Fiction, welche dem römischen Rechte nicht ihr Dasein, sondern nur ihre schärfere Bestimmung verdankte[2]).

---

9) Auch der Fall der Retorsion könnte diesen Instituten wieder eine momentane Bedeutung geben.

1) Vgl. v. Savigny System des heutigen röm. Rechts. Bd. 2 S. 235. Puchta über Corporationen im 3. Bande von Weiske's Rechtslexikon und in seinen Pandekten §. 25 flg.

2) Es ist deshalb ganz irrig, wenn neuere Germanisten das Institut der juristischen Personen als etwas von den Römern Erfundenes darstellen, was dann den einheimischen Rechtsverhältnissen willkürlich aufgeprägt sei. Das Institut ist vielmehr das einfachste, was überhaupt denkbar ist; wie in so vielen anderen Fällen würde das einheimische Recht ohne Zweifel von selbst zu diesem Begriffe gelangt sein, während so durch die Aufnahme des römischen Rechts die Entwickelung desselben nur beschleunigt worden ist. Findet sich doch auch im römischen Rechte noch nicht einmal das klare Bewußtsein des innersten Princips dieses Instituts, zu dem es neuerdings gefördert worden ist.

Es ist nun behauptet worden, daß die Grundsätze über juristische Personen, wie sie am römischen Rechte entwickelt worden sind, durch eigenthümliche Principien des einheimischen Rechts über den gleichen Gegenstand, modificirt worden seien. Man hat gemeint, daß in dem größeren Reichthume des älteren wie des neueren deutschen Verkehrslebens an Vereinen und Gemeinschaftsverhältnissen der mannigfachsten Art auch das Bedürfniß nach einer neuen Rechtsform enthalten sei [3]). Die reichere Gliederung unserer modernen Associationen passe nicht in die einseitigen Begriffe der universitas und communio, da jene die einzelnen Mitglieder von dem Antheile am Gesammtvermögen ausschließe, und dieser die einheitliche Persönlichkeit sowie die Gewährschaft der Dauer abgehe. Es sei daher ein Bedürfniß unserer Zeit, beide Institute zu combiniren. Das Ergebniß dieser Verbindung, mit welchem aber die Gränze des Corporationsbegriffs nicht überschritten werde, hat man Genossenschaft genannt. Zur Entstehung eines solchen Rechtsverhältnisses sei die staatliche Auctorität nicht erforderlich [4]).

---

3) Associationen werden heutzutage erstrebt zur Förderung der Wissenschaft, der Religion, der Industrie, des kaufmännischen Verkehrs, der Geselligkeit, des Wohlstandes, der Politik u. s. w. Die Behauptung, daß mit diesen socialen Tendenzen auch das Recht verändert werde, verwechselt das Factische mit dem Juristischen. Die Vielgestaltigkeit des Lebens wird nicht beschränkt durch die Gleichheit der Form und des juristischen Apparats. Ueber die Verschiedenheit der älteren und neueren Genossenschaften s. Gerber's u. Ihering's Jahrbb. Bd. 2 S. 36 N. 1.

4) S. Beseler Volksrecht und Juristenrecht (1843) S. 158 flg. Dessen System des d. Pr.-R. §. 66 flg. Wolff deutsches Privatrecht S. 138 flg. Weiske practische Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechts 3. Heft (1847) S. 53. Am auffallendsten aber Bluntschli deutsches Privatr. §. 33—39. Man rechnet hierher die Familie, insbesondere die Familiengenossenschaft des hohen Adels, die Markgenossenschaft, den Deichverband, Zünfte, Gilden, Gewerkschaften und Pfänner-

Diese Ansicht ist entschieden unrichtig. Denn universitas und communio sind zwei logische Gegensätze, die eine solche Verbindung nicht zulassen. Diese Rechtsformen enthalten ferner eine so unendlich einfache Idee, daß es kein juristisches Gemeinschaftsverhältniß geben kann, welches nicht ohne Einbuße an seinem materiellen Inhalte auf sie zurückgeführt werden könnte. Hierbei wird aber vorausgesetzt, daß man sich der Fortbildung und Läuterung bewußt sei, welche das heutige Recht jenen Begriffen hat zu Theil werden lassen [5]).

Damit ist jedoch keineswegs behauptet, daß die juristische Beherrschung der unendlichen Menge moderner Genossenschaften durch eine bloß mechanische Subsumtion unter jene Kategorieen bewirkt werden könne. Vielmehr bedarf es hier oft des ganzen Aufwands juristischer Kunst, um das Individuelle jedes einzelnen Verhältnisses zu erfassen und durch eine angemessene Construction zur Geltung zu bringen *). Zunächst ist

---

schaften, Aktiengesellschaften, wohl auch Handelsgesellschaften, Versicherungsvereine, Wittwenkassen, Vereine zu religiösen, künstlerischen, wissenschaftlichen und socialen Zwecken. — Vgl. dagegen Thöl Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften u. s. w. (1846) S. 17 flg. Schmid im Archiv für civil. Pr. Bd. 36 (1853) S. 147 flg. Gerber in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge Bd. 12 S. 193 flg. (1855), wo diese Lehre nach den hier einschlagenden Gesichtspuncten geprüft ist.

5) Dahin gehört in Bezug auf die Societät der Ausschluß der Theilungsklage, die Zulässigkeit des Austritts Einzelner ohne Auflösung des Ganzen, die Möglichkeit einer Herrschaft der Majorität. S. unten §. 97 (2) und 195 (5). Schmid a. a. O. Ueber die jetzt nach dem deutschen Handelsgesetzbuche zu bestimmende Natur der Aktiengesellschaften s. unten §. 198, 3.

*) Diese Bemerkung ist um so nothwendiger, als sich in der Praxis eine gewisse Vorliebe zu dem Institute der juristischen Person aus nicht immer zu billigenden Gründen zeigt. Man ist geneigt, die juristische Person als einen fertigen und überall leicht verwendbaren Mechanismus aufzufassen, mit dessen Hülfe man alle Schwierigkeiten des inneren Wesens der Rechtsverhältnisse umgehen könne; es ist das der Trieb des

es nothwendig, sich stets zu erinnern, daß nicht alle Gemeinschaften **Rechtsverhältnisse** sind, indem viele derselben als solche lediglich dem Gebiete des sittlichen Lebens angehören; die Function des Rechts ist dann eine eng begränzte, da es nicht jene selbst nach ihrem substantiellen Gehalte, sondern nur einen nebensächlichen, an sie angeschlossenen Thatbestand bestimmen will[6]). Sodann muß man sich hüten, zu erwarten,

---

formalen Administrirens im Gebiete des Rechtes. Sodann will man mit Hülfe der juristischen Person bisweilen auch selbstständige andere Zwecke verfolgen, z. B. bei den Handelsgesellschaften den selbstständigen Concurs und überhaupt die völlige rechtliche Sonderung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der Einzelnen.

6) Dieß ist vor Allem der Fall beim Staate als politischer Anstalt; ferner in gewisser Hinsicht bei der Ehe (welche zwar an und für sich ein Rechtsverhältniß ist, aber keine einem **privatrechtlichen** Genossenschaftsbegriff entsprechende Gemeinschaft darstellt), der Familie sowohl in ihrer einfachen Gestalt als in ihrer Erweiterung zum Begriffe des adeligen „Hauses". Ferner bei vielen Genossenschaften zu wissenschaftlichen, gesellschaftlichen, religiösen Zwecken, wo die Verpflichtungen oft keine juristischen, sondern nur religiöse und conventionelle sind. Oft wird hier erst dann ein Rechtsverhältniß entstehen, wenn ein Vermögen hinzutritt; nur in Bezug auf dieses wird dann die Frage wichtig und zulässig, ob Corporation oder Gesellschaft? — Gesellige Klubs, Casino's u. s. w. eignen sich sehr wohl zu Corporationen; es giebt aber keinen Rechtssatz, der ihnen diese Eigenschaft von selbst beilegte. Haben sie sich dieselbe nicht ertheilen lassen, so sind sie Gesellschaften, die sich den Aktiengesellschaften in ihrer rechtlichen Structur anschließen, nur mit der Besonderheit, daß kein Gesellschaftsmitglied seinen Vermögensantheil über seinen persönlichen Genuß der Gesellschaftsmittel hinaus benutzen und realisiren will. — Eine in neuerer Zeit öfter ausgesprochene Ansicht will die Corporation überall da als bestehend annehmen, wo die innere Gliederung eines Gemeinschaftsverhältnisses jenem Begriffe entspreche. Allein auf der einen Seite wird sich ein solcher Rechtssatz als gemeinrechtlich bestehend nicht nachweisen lassen; sodann wird es praktisch oft die größten Schwierigkeiten haben, zu bestimmen, ob im einzelnen Falle der specifische Corporationsorganismus vorliege oder nicht, indem eine derartige Anordnung auf sehr verschiedenen Wegen und mit sehr verschiedenem rechtlichen Erfolge erzielt werden kann.

daß die Institute der universitas und communio (insbesondere die Societät) in ihrer regelmäßigen Gestalt immer genügen sollen, um ein Rechtsverhältniß, das dem einen oder andern der Hauptsache nach wirklich angehört, nach allen seinen Richtungen zu decken, indem gar oft ein weiterer juristischer Thatbestand hinzutritt, der nicht als ein Ausfluß jener Begriffe, sondern als eine selbstständige nur äußerlich angefügte Festsetzung betrachtet werden muß [7]). Auch der rein practische Gesichtspunct, das Bedürfniß einer einheitlichen Proceßvertretung für gewisse Gemeinschaftsverhältnisse darf nicht ohne Weiteres zur Annahme selbstständiger Corporationen führen, wenn deren sonstige Voraussetzungen nicht gegeben sind [8]). —

---

7) So ist z. B. das statutarische Strafrecht des Vorstandes bei manchen Gesellschaften, ferner die Herrschaft der Majorität nicht eine Wirkung der Societät, sondern eine selbstständige vertragsmäßige Festsetzung. Auch bei den Markgenossenschaften ist eine solche Composition aus verschiedenen juristischen Elementen vorhanden.

8) Es versteht sich von selbst, daß ein solches Bedürfniß nicht vorliegt, wenn in einer Gemeinde eine Menge Einzelner sind, welchen zufällig ein gleiches Recht (z. B. dasselbe Holzrecht, dieselbe Servitut) zusteht; diese Rechte sind unter einander gar nicht verbunden. Wohl aber dann, wenn es sich um die Rechte einer bestimmten Personenclasse, eines Gemeindestandes handelt, z. B. die Rechte der Vollhufner, der Anspänner, Halbspänner, der Fleischer einer Stadtgemeinde u. s. w. Diese sind aber nicht mit Schüler (Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortloff, Schüler u. s. w. Jena 1847, 1. Bd. S. 223 flg.) als selbstständige Corporationen für sich zu betrachten, sondern sie repräsentiren im Processe nur die Gemeinde, an welche die Substanz ihres Rechtes angeknüpft werden muß, und treten im Streite nur mit der in diesem engeren Kreise localisirten Persönlichkeit der letztern auf. S. Gerber a. a. O. S. 211 flg. (Auf dasselbe Resultat im Wesentlichen hinaus kommt Martin im Archiv für practische Rechtswissensch. Bd. 10 S. 1 flg., nur daß er in Folge des Mißverständnisses eines von mir gewählten Ausdrucks unnöthig gegen mich polemisirt. Sein Vorschlag, eine Classe, welche im Allgemeinen keine juristische Person ist, in gewissen Fällen als solche anzuerkennen, ist willkürlich.)

Die ganze Mannigfaltigkeit dieser Möglichkeiten in den unbestimmten Begriff „Genossenschaft" einzwängen, kann nicht eine Lösung, sondern nur eine Umgehung der Schwierigkeiten genannt werden [9]).

Hier bedürfen nur die Zünfte und die Gemeinden einer besondern Behandlung, deren Charakter als juristische Personen zwar schon das römische Recht anerkennt, deren innere Verfassung aber auf eigenthümlichen deutschrechtlichen Grundlagen beruht.

A. Gemeinden.

Im Allgemeinen.

§. 50.

Die Gemeinden sind Corporationen, welche sich dem Staate am meisten nähern, indem auch sie, obschon nach kleinem Maßstabe, ein politisches Gemeinleben darstellen [1]). Wie der Staat, so haben auch sie ihre besondere Verfassung, durch welche die Grundsätze ihrer Verwaltung bestimmt werden [2]); so wie ferner der größere Staatsverband neben eigenthümlichen Rechten, welche er gewährt, auch besondere Pflichten auflegt, so wiederholt sich auch in dem engern Kreise des Gemeindelebens diese Verbindung von Berechtigungen und Lasten [3]).

---

9) S. §. 222 Note 1.

1) Vgl. über ihre politische Bedeutung, deren Auffassung für ihre richtige juristische Beurtheilung wichtig ist, Stüve Wesen und Verfassung der Landgemeinden und des ländlichen Grundbesitzes in Niedersachsen und Westphalen. 1851. S. auch Gerber über öffentliche Rechte (1852). S. 80.

2) Da, wo die Verfassung nicht ausreicht, werden Gemeindebeschlüsse gefaßt, in denen jedoch keineswegs immer die Majorität entscheidet. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. 2 §. 97, 98 und 99, wo die verschiedenen influirenden Rücksichten scharfsinnig benutzt werden.

3) Dahin gehören namentlich die Pflichten, zu dem Communalvermögen durch Gemeindesteuern beizutragen und die s. g. Gemeinde-

Diese Verhältnisse haben jedoch an sich einen mehr politischen Charakter und gehören deshalb zum größten Theile dem öffentlichen Rechte an[4]).

Die Gemeinden haben aber wie der Staat neben ihrem Charakter als politische Verbindungen auch die Bedeutung juristischer Personen, also vermögensfähiger Subjecte. Auch diese Seite ihres Wesens hat eine besondere Ausbildung erfahren, deren Darstellung und Begründung dem Privatrechte zufällt[5]).

---

arbeiten zu leisten, von denen einen vollständigen Catalog das Preuß. Landr. II, 7 §. 37 aufführt.

4) Dieß führt richtig aus Pfeifer „die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und würtemb. Rechte" (1847) S. 3 N. 3. Es ist allerdings sehr schwer, mit sicherer Hand die Gränze zwischen den staats- und den privatrechtlichen Elementen der Gemeindeverhältnisse zu ziehen, und in jedem Falle läßt sich dieß nicht mit gänzlicher Ausscheidung der beiderlei Bestandtheile ausführen, weil die politische und privatrechtliche Rücksicht oft geradezu zusammenfällt. Recht tactvoll behandelt die Sache Weiß System des Staatsrechts (1843) S. 595 flg. — Eine für das Privatrecht wichtige Folge des Verhältnisses des Staats zu den Gemeinden (vgl. Puchta Institutionen Bd. 1 S. 33), welches man oft als Obervormundschaft auffaßte, ist, daß die Praxis den letzteren die jura minorum beigelegt hat.

5) Quellen: Preuß. Städteordnung v. 1808, revidirt 1831 (Savigny verm. Schrift. Bd. 5 S. 183 flg.). Preuß. Landgemeindeordn. f. Westph. v. 1841 (Wieder aufgeh. Gem.-Ordn. vom 11. März 1850). Bayr. Ges. vom 20. Mai 1818 u. v. 1. Jul. 1834. Würtemb. Edikt v. 31. Dec. 1818 und 14. März 1822. Königl. Sächs. Städteordn. v. 1832 und Landgemeindeordn. v. 1838. Badische Ges. v. 31. Dec. 1831 und 28. Aug. 1835. Kurhess. Gemeindeord. v. 1834. Großherzogl. Hess. v. 1821. Weimar. Landgemeindeordn. v. 1840. Braunschw. Ges. v. 4. Jun. 1834. Lippische Gemeindeordn. v. 1841. Vgl. auch Altenb. Grundges. v. 1831. §. 100 flg. Sammlung der neueren deutschen Gemeindegesetze, nebst einer Einleitung: die Gemeinde als Corporation von J. Weiske. Leipz. 1848. Dazu dessen Schrift: Die Gemeindegüter u. s. w. 1849. Die neuesten Umgestaltungen der Gemeindeverfassungen sind für die privatrechtliche Seite meist ohne wesentliche Bedeutung.

1) Gemeindevermögen.

§. 51.

Neben dem engeren Gemeindevermögen, welches unmittelbar im Interesse der Corporation verwendet wird (Kämmereigut)[1], giebt es regelmäßig noch eine andere Art von Gemeindegütern, deren Nutzen allein den einzelnen Corporationsgliedern gebührt (Allmendgut). Die Allmende besteht meist in unbeweglichem Gute (Wald und Wiese) und wird theils von der ganzen Gemeinde benutzt[2], theils durch einzelne bestimmte Berechtigte, denen selbstständige festbestimmte Nutzungsrechte daran zustehen. Diese Nutzungsrechte an Allmenden hängen vielfach mit den Verhältnissen der alten Markgenossenschaften zusammen, welche auf die mannigfachste Weise im Laufe der Zeit in Gemeinden übergingen, in denen sie dann noch als mehr oder weniger selbstständige Theile unterschieden werden können. Fast überall war der ursprüngliche Charakter dieser Verhältnisse untheilbares und durch Reihemannschaft (Hofbesitz) bedingtes Miteigenthum zu ideellen Theilen; die Realisirung dieses Rechts geschah durch eine alljährliche Zuweisung nach vorgeschriebener Ordnung durch den Beschluß der Miteigenthümer; nach und nach sonderte man Ackerland und Wohnung (Hofgut) von dem Echtwort, Waare; das ungetheilte Land verlor dann häufig seine nothwendige Beziehung zum Hof, und erhielt dafür eine Beziehung zur Gemeinde, die

---

1) Dahin gehören Zinsen, Gefälle, Pachtgelder, Communalsteuern, Sporteln, Lehngelder, — welche sämmtlich in das städtische Aerar fallen.

2) Entweder benutzt dann die ganze Gemeinde die Allmende ungetheilt oder sie wird nach Loosen alljährlich verliehen, oder alljährlich unter öffentlicher Auctorität verwaltet und nur der Ertrag ausgetheilt. Diese Art der Benutzung kann alljährlich durch Gemeindebeschluß verändert werden.

nun nicht mehr bloß aus Hofbesitzern bestand [3]). Aber immer noch blieben die alten Berechtigungen regelmäßig bestehen, in=

---

3) Eine Geschichte dieser Entwickelung (hauptsächlich aus Rechtsquellen der Schweiz) hat geliefert Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9 (1845) S. 1 flg. und jetzt auch v. Wyß in der Zeitschr. für schweizer. Recht Bd. 1 Heft 1 Abth. 2 und Heft 2 Abth. 1 (1852). S. auch Stüve a. a. O. S. 23 flg. S. ferner Maurer Einleit. zur Geschichte der Mark=, Dorf=, Hof= und Stadtverfassung 1854, und Dessen Geschichte der Markenverfassung in Deutschland 1856. Landau die Territorien in Bez. auf ihre Bildung und Entwickelung 1854. S. 111 flg. Thudichum die Gau= und Markverfassung in Deutschland 1860. — Die alten Markgenossenschaften (vgl. darüber v. Löw die Markgenossenschaften. 1829) — welche noch in ihren letzten Spuren am Rhein, in Westphalen, Hessen und Hannover (vgl. Grefe Hannov. P.=R. 2. Abth. S. 323 flg.) sichtbar sind — waren Vereinigungen mehrerer Landeigenthümer zur gemeinschaftlichen Benutzung der ungetheilten Mark (Wald und Wiese), unter selbstgewählten (später bisweilen erblichen) Vorständen (Mark=, Holzgraf), welche nach statutarischen Bestimmungen unter Zuziehung der Markversammlung die Genossenschaftsverhältnisse verwalteten, selbst mit Ausübung eines Strafrechts gegen Markfrevel. Diese Markgenossenschaften sind unter Einwirkung der verschiedensten Schicksale fast regelmäßig in Gemeinden übergegangen; das Markvermögen ist Gemeindevermögen geworden, aber sehr häufig ist es nicht allen Gemeindegliedern, sondern einer engeren Genossenschaft, der Realgemeinde, vorbehalten, welche regelmäßig mit der alten Markgenossenschaft selbst in einer historischen Verbindung steht. Aber auch der Umfang des Benutzungsrechts, und die Bestimmung der Berechtigung zu demselben hat ihre Geschichte und ihre Schicksale gehabt. Sehr oft ist es dahin gekommen, den ganzen Gemeindenutzen in eine bestimmte Anzahl gleich großer Nutzungstheile zu fixiren, deren Erwerb regelmäßig durch den Besitz eines Bauerhofs bedingt war (obschon auch dieses Erforderniß sehr häufig erschüttert wurde), aber von jedem Inhaber ganz oder theilweise veräußert werden konnte. — Den Gegensatz zu diesen vollberechtigten Realgemeindemitgliedern bilden jene Gemeindegenossen, denen nur außerordentliche oder gar keine Nutzungsrechte an der Allmende zustehen, oder wenigstens nicht an derjenigen Allmende, welche der engeren und fixirten Realgemeinde zugehört. Sie sind regelmäßig die um die Markgenossen später sich ansammelnden Hintersiedler. — Alle diese Verhältnisse, welche sich in ganz Deutschland in ähnlichem (jedoch nicht gleichem) Ent=

dem nicht allen Gemeindegliedern, sondern nur einer bestimmten Anzahl, oft den Besitzern bestimmter Güter (welche hiernach Bauerhöfe, Vollerbe, Hofgüter, im Gegensatz der bloßen Kathen, Coten genannt werden) der volle Genuß der Allmende bewahrt wurde; dieß ist die s. g. Realgemeinde, um welche sich dann der übrige Theil der Gemeinde mit gar keinen oder nur geringen und außerordentlicherweise gewährten Nutzungsrechten angesetzt hat (dahin gehören die Köter, Kossäten, Halbspänner, Halbbauern, Hintersiedler und die bloßen Häuslinge). Zwar müssen diese Realgemeinderechte durchaus als Rechte Einzelner angesehen werden, welche durch keinen regelmäßigen Gemeindebeschluß geschmälert oder entzogen werden können, aber doch verändern sie den juristischen Charakter der Allmende keineswegs; diese ist vielmehr auch hier gewöhnliches Eigenthum der Gemeinde[4]), jedoch mit der Besonderheit, daß ihre Be-

---

wickelungsgange herausgebildet haben (vgl. z. B. Juristische Abhandl. von Ortloff, Heimbach, Schüler und Guyet Bd. 1 (1847) S. 325), lassen sich jedoch gemeinrechtlich nicht im Detail bestimmen; dieß ist vielmehr Sache eines Nachweises im einzelnen concreten Falle, unter Berücksichtigung der im Allgemeinen unübersehbaren Einflüsse localer Zufälligkeiten.

4) Im Resultate stimmen fast alle Rechtslehrer überein, nicht aber in der juristischen Begründung. Bitzer (die Realgemeinderechte ꝛc. Stuttgart 1844) nimmt Eigenthum der Corporation an, die Durchführung ist aber unhistorisch und deshalb im Einzelnen bedenklich. Manche neuere Schriftsteller helfen sich hier mit dem unklaren Begriff der s. g. Genossenschaften, der aber bei gänzlicher Unbestimmtheit nur dazu dienen kann, die Erforschung des eigentlichen Zusammenhangs der Verhältnisse auf oberflächliche Weise abzuschneiden. Den richtigen Gesichtspunct hat Renaud a. a. O. S. 95 flg. angegeben, indem er zwar die Unterstellung unter die römischen Servituten zurückweist, aber die Nutzungsrechte allerdings als Rechte an einer fremden Sache, nämlich der Genossen an dem Eigenthum der Genossenschaft (d. h. Corporation) hinstellt. Man kann die Natur dieser Nutzungsrechte noch schärfer dahin bestimmen: es sind dingliche Rechte, Rechte an fremden Sachen, aber von a n o m a l e r A r t; sie haben den allgemeinen Typus der jura in re aliena, aber nicht den besonderen der ihnen ähnlichen Servituten, sondern sind eine selbstständ-

nutzung einzelnen Gliedern derselben als Inhalt selbstständiger Nutzungsrechte daran zusteht.

Obschon nun hiernach eine Theilung des Gemeindevermögens (d. h. eine Veräußerung desselben an die Mitglieder der Corporation) durch Gemeindebeschluß (insoweit ein solcher überhaupt zulässig) nur in Bezug auf denjenigen Theil der Allmende möglich ist, an welchem noch keine dinglichen Nutzungsrechte einzelner Glieder der Gemeinde bestehen, so hat doch das wirkliche oder vermeintliche Interesse der Hebung des Landbaues die Gesetzgebung einzelner Länder[5]) dahin geführt, auch für letztere Art der Allmende eine Theilung wenigstens zu erleichtern[6]). Der Maßstab der Entschädigung ist das

---

dige Gattung dinglicher Rechte, deren Charakter allein auf bestimmten historischen Thatsachen der Vorzeit beruht. Es ist in ihnen kein allgemeines aus der Natur des Rechts hervorgehendes Bildungsprincip ausgesprochen; sondern sie sind nur ein rechtlich anerkanntes individuelles factisches Verhältniß, als Resultat bestimmter historischer Zustände. — Dieser Ansicht folgt auch Römer, Zeitschr. f. deutsch. R. B. 13 S. 94 flg. Anders Thudichum a. a. O. S. 315, der in dem Nutzungsrechte nur ein durch die Gemeindemitgliedschaft vermitteltes Recht sieht, was aber gewiß nicht allgemein zutreffend ist.

5) In Lippe v. 25. Jul. 1802. Bayrische Verordn. v. 25. Febr. 1803, revidirt v. 1. Jul. 1834. Preuß. Gemeinheitstheilungsordn. v. 7. Jun. 1821. Für Osnabrück v. 25. Jun. 1822. Für Braunschweig Ges. v. 20. Dec. 1834. Königl. Sächs. Ges. v. 17. März 1832. Kurhess. Ges. v. 24. Oct. 1834.

6) Diese Theilungen erscheinen dann juristisch als völlige Veräußerungen des Eigenthums der Corporation an die Gemeindeglieder, welche bei unbenutzten Grundstücken nur möglich sind durch einen Gemeindebeschluß, wie er zu Veräußerungen des Gemeindeguts erfordert wird, bei Grundstücken aber, an denen Realgemeinderechte bestehen, des Verzichtes der Berechtigten bedürfen. Die erleichternden Bestimmungen sind allerdings in der Regel willkürlich. Vgl. darüber z. B. Maurenbrecher Lehrbuch Bd. 1 S. 373.

bisherige Nutzungsrecht der einzelnen Gemeindeglieder[7]). Die Verhandlungen darüber werden, obschon sie an sich Privatangelegenheiten sind, oft von einer besonderen Theilungsbehörde geleitet, welcher jedoch keine Competenz für Entscheidung der dabei vorkommenden Rechtsfragen zusteht[8]). —

In manchen Gegenden Deutschlands haben aber diese Verhältnisse eine andere Gestaltung erhalten, indem dort nachweisbar das Markvermögen nicht Gemeindegut geworden ist, sondern der Realgemeinde selbst eigenthümlich zugehört. Ob diese jedoch alsdann als eine selbstständige Corporation aufzufassen ist, oder als eine eigenthümlich organisirte Genossenschaft von Miteigenthümern zu ideellen Theilen, läßt sich nur aus der Besonderheit localer Umstände ermitteln[9]). Immer aber ist in diesem Falle festzuhalten, daß eine Auflösung durch Vertheilung des Gemeinguts wegen des öffentlichen, dem Wesen der Stiftung analogen Charakters des Verhältnisses, nicht in der Willkür der jeweiligen Mitglieder liegen kann[10]).

---

7) Der Maßstab der Vertheilung von bisher ganz unbenutzt liegenden Gemeindegrundstücken wird am richtigsten in dem bisherigen Guts- und Wirthschaftsverhältniß jedes einzelnen Gemeindeglieds gefunden. Runde Beitr. zur Erl. rechtl. Gegenst. Bd. 1 Nr. 1. A. M. Mittermaier Grunds. §. 130.

8) Vgl. Eichhorn Einl. §. 373.

9) Jenes behauptet Römer a. a. O., dieses Duncker Gesammteigenthum S. 187. Gegen Letzteres entscheidet noch nicht der Umstand, daß Majoritätsbeschlüsse zulässig sind. So wie Solches bei der societas vertragsmäßig festgesetzt werden kann, so kann es hier Inhalt eines objectiven Rechtssatzes sein. S. Gerber Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. N. F. Bd. 12 S. 207 flg.

10) A. A. Thudichum S. 316, der eine Theilung durch Mehrheitsbeschluß ohne Bedenken zuläßt.

2) Verfassung der Gemeinden[1].

a) Der Stadtgemeinden.

§. 52.

Die Städte charakterisiren sich[2]) durch ihre selbstständige Verfassung, nach welcher sie einem selbstgewählten Magistrat die Besorgung ihrer inneren Angelegenheiten unterstellen und früher allgemein eine eigene Gerichtsbarkeit über die Mitglieder der Stadtgemeinde ausübten, und außerdem durch die Ausschließlichkeit in der innungsmäßigen Betreibung von Gewerben, und durch das Marktrecht.

Die Träger der städtischen Corporation sind die Bürger. Das Bürgerrecht wird erworben durch Aufnahme in den Verband der städtischen Gemeindebürger[3]), bei welcher die Er-

---

1) Charakteristisch für Gemeinden aller Art ist ihre örtliche Beziehung zu einer Feldmark, Gemeindeflur, über welche die Flur-, Erb-, Saat- und Lagerbücher, wenn sie unter öffentlicher Auctorität und unter Zutritt der Parteien geführt sind, ein wichtiges Beweismittel abgeben.

2) Diese Charakteristik der Städte im Gegensatz der Dörfer trifft freilich heutzutage bei der öfters ausgesprochenen Gewerbefreiheit und der Willkürlichkeit neuer Gemeindeordnungen häufig nicht mehr zu, und dann ruht der Begriff der Stadt theils auf der Fähigkeit, einen Magistrat zu haben, theils auf der Seelenzahl. Vgl. Ortloff Grundz. S. 221 und 222. Nach manchen neueren Gemeindeordnungen ist in verkehrtem Drange nach falscher principieller Einheit der Unterschied zwischen Stadt- und Landgemeinden ganz aufgehoben. Die frühere Eintheilung der Städte in Reichs- und Landstädte ist für das Privatrecht spurlos verschwunden. Ueber die Geschichte der Städte, welche hier als bekannt vorausgesetzt werden muß, vgl. Eichhorn Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 220 flg. Bd. 2 S. 165 flg. und dessen Rechtsgesch. an versch. Stellen. Hüllmann Städtewesen des Mittelalters. 1826 flg. 4 Bde. v. Lancizolle Grundzüge der Geschichte des deutschen Städtewesens u. s. w. 1829. Gaupp Stadtrechte des Mittelalters Bd. 1 (1851) S. I—XXXI u. S. 1—36. Sodann die bekannten Werke von Hegel und Arnold.

3) Die Entscheidung über die Aufnahme Jemandes zum Bürger

füllung der Bürgerpflichten eidlich versprochen wird[4]); es wird verloren durch ausdrückliches oder stillschweigendes freiwilliges Aufgeben und durch ein auf den Verlust desselben gerichtetes Strafurtheil. Die in dem Bürgerrecht enthaltenen Berechtigungen sind die Befähigung zu städtischen Gemeindeämtern, das Recht auf die Theilnahme am Nutzen der Gemeindegüter, den Erwerb städtischer Grundstücke, sowie die Befugniß zum Betrieb der entweder ausschließlich oder doch größtentheils nur in den Städten ausübbaren Gewerbe, zünftiger und nicht zünftiger (sofern die hierzu anderweit aufgestellten Bedingungen erfüllt sind[5])), namentlich des Handels[6]). Diese Rechte

---

gebührt dem städtischen Rathe, der sie jedoch nicht verweigern darf, wenn die geforderten Bedingungen erfüllt sind (z. B. Unbescholtenheit, bestimmtes Vermögen, vorherige Erlangung des Indigenats). Sie geschieht gegen Erlegung gewisser Abgaben (Bürgergeld). Vgl. Sachse Großherz. Sächs. Pr.-R. §. 549.

4) Diese bestehen in der Leistung der öffentlichen Abgaben und persönlichen Dienste, der Annahme städtischer Aemter. Frei von diesen Pflichten sind nur die s. g. Ehrenbürger.

5) z. B. Besitz eines Grundstücks, auf welchem die Gewerbebefugniß, z. B. Bierbrauerei, radicirt ist. Vgl. die Belege bei Kraut Grundr. S. 179.

6) Die Städte hatten das Recht der Bannmeile, d. h. die Befugniß, eine Meile weit rings um die Stadtgemarkung alle den städtischen Verkehr beeinträchtigenden Einrichtungen zu untersagen. Dieß Recht kommt zwar heutzutage den Städten nicht mehr als sich von selbst verstehend zu, aber noch immer war bisher im Allgemeinen die Befugniß zum Gewerbebetrieb, sowohl der Kaufleute als der Handwerker, auf die Einwohner der Städte beschränkt, indem in den Dörfern nur solche Gewerbe ausgeübt werden dürfen, welche zum Betriebe der Landwirthschaft und zum nothdürftigen Bedürfniß der Landleute erfordert werden. Siehe darüber (bes. auch über das Bierbrauen) eine interessante Urkunde von 1601 im Corp. Const. Calenb. Tom. 4 c. 8 p. 40, und bei Kraut Grundr. S. 180 N. 11. Ebenso haben die Städte und Marktflecken (abgesehen von besonderen Gerechtsamen) ausschließlich das Recht, Wochen- und Jahrmärkte und Märkte aller Art zu

genießen jedoch nicht die bloßen Schutzverwandten, d. h. diejenigen Personen, welche bloß innerhalb einer Stadt ihren Wohnsitz gewählt[7]) oder den Schutz der städtischen Obrigkeit ohne das Bürgerrecht erworben haben.

§. 53.

Die Stadtgemeinde wird durch einen Vorstand vertreten, den Bürgermeister und Rath[1]), welcher die niedere Polizei, bisweilen auch die städtische Gerichtsbarkeit[2]) handhabt, die Kämmereikasse verwaltet und die Corporation als solche repräsentirt[3]); Gemeindebeschlüsse von höherer Wichtigkeit kön-

---

halten. Vgl. Pr. Landr. II, 8 §. 103. — Nach dem Sachsenspgl. III, 66, 1 durfte ein Markt nur in der Entfernung von einer Meile von dem andern angelegt werden. Vgl. Gaupp Stadtrechte des Mittelalters S. 17 flg. — Alles dieß hat sich nun, nachdem in den meisten Staaten im Laufe der letzten Jahre die Gewerbefreiheit eingeführt worden ist, völlig geändert.

7) z. B. Staatsdiener. — Vgl. über die Schutzverwandten (Schutzbürger, auch wohl Beisassen, obschon dieß häufig einen engeren Sinn hat) die Preuß. Städteord. Tit. IV §. 40, Königl. Bayr. Verordn. v. 20. Mai 1818. §. 11 flg. Sachse a. a. O. — Ob die Bürger der Vorstädte zu den vollberechtigten Gemeindebürgern gehören, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Vgl. Fr. J. Bodmann in Siebenkees Beitr. z. t. Recht Th. III Nr. 3 S. 81—127. Es ist Sache einer speciellen Untersuchung der geschichtlichen Verhältnisse des einzelnen Falles.

1) Die Zahl dieser Beamten ist verschieden nach der Größe der Stadt.

2) Dieß geschieht entweder durch eine Rathsdeputation oder durch den Syndicus, der eigentlich nur der Consulent und Anwalt der Corporation sein sollte. In neuerer Zeit sind diese Stadtgerichte sehr häufig entweder ganz aufgehoben oder doch mit Staatsbeamten besetzt worden.

3) Diese Vertretung ist freilich nicht selbstständig. Im Interesse der kommenden Geschlechter, um die Selbstsucht der gegenwärtigen Gemeindeglieder zu beschränken, hat schon seit langer Zeit die Landesregierung eine beaufsichtigende und überwachende Thätigkeit über Gemeindeangelegenheiten geübt. Man hat ihr danach nicht ganz passend eine Obervormundschaft über Gemeinden zugeschrieben. Auch hier ist

nen jedoch nur unter Zuziehung eines fast überall dem engeren Rathe zur Ueberwachung beigegebenen äußeren Rathes oder Bürgerausschusses (Stadtverordnete) gefaßt werden, bisweilen wird sogar eine Theilnahme größerer Gemeindetheile erfordert [4]). Der städtische Rath und der Vorsitzer desselben, der Bürgermeister, werden durch die Bürgerschaft erwählt, bedürfen aber meistens noch der Bestätigung des Landesherrn. Die Rathsfähigkeit, zu welcher gegenwärtig Erfüllung eines gewissen Alters, bisweilen gelehrte Bildung oder Mitgliedschaft einer Zunft und Gilde gehört [5]), war in vielen Städten ehemals das ausschließliche erbliche Vorrecht gewisser Familien, der s. g. Patricier, welche, wenn sie dem Ritterstande angehörten, für adelig galten. Starben solche Familien (patres primi) aus, so pflegten sie andere Familien zur Rathsfähigkeit zu cooptiren (patres cooptati) [6]).

---

man jedoch zu weit gegangen; im Interesse der selbstständigen Entwickelung des Gemeindelebens sind deshalb neuerer Zeit die Einwirkungen der Staatsgewalt wieder gemäßigt worden. Wie weit? läßt sich gemeinrechtlich nicht bestimmen. Vergl. Dahlmann Politik 1. Bd. S. 238 flg.

4) Dieß möchte selten der Fall seiu. Die Zuziehung der in den einzelnen Gemeindeordnungen zur Mitwirkung Berufenen ist natürlich die Bedingung der Gültigkeit des Gemeindebeschlusses. Keineswegs entscheidet aber immer die Majorität (vgl. v. Savigny System II. §. 97 flg.), obschon dieß schon nach der Vorschrift des Sachsenspiegels II, 55 die Regel ist.

5) Außerdem auch noch bisweilen freie eheliche Geburt und der Umstand, daß kein zu naher Verwandter schon im Rathe sitzt. Vgl. schon das Rechtsbuch nach Distinctionen (Ortloff) B. V Dist. 1 (S. 280); ferner d. Vergleich zw. d. Rath u. d. Bürgerschaft zu Hamburg v. 1663 (Moser Staatsr. Thl. 42 S. 328), in dem alle Requisite auf's Vollständigste angegeben sind. Vergl. noch Urk. bei Kraut Grundr. §. 87.

6) Vgl. über diese Patricier Eichhorn Rechtsgesch. §. 311 und §. 446. S. schon den Sachsenspgl. III, 45 §. 1 in Vergleich mit den Goslar. Stat. (Göschen) S. 85. Z. 16.

Ein vollständig organisirter Magistrat ist etwas für die Städte Charakteristisches, wodurch sie sich insbesondere von den Marktflecken unterscheiden, welche sich jenen durch ähnliche Gewerbeprivilegien nähern.

b) Landgemeinden[1]).

§. 54.

Auch die Dorfgemeinde ist eine durch selbstgewählte Vorstände (Bauermeister, Schultheiß, Gemeindevorsteher, Heimbürgen, Geschworne[2])) vertretene Corporation, sofern nicht ausnahmsweise der Gutsherrschaft eine Einwirkung auf die Bestellung derselben zukommt[3]), oder diese Aemter als Zubehör eines Bauerguts mit diesem nach Lehnrecht vererbt werden[4]). Diese Eigenschaft der Vorsteher als Gemeindebeamten muß wohl unterschieden werden von ihrer oft damit verbundenen Stellung als Unterbeamten des Gerichts[5]). Die Vorsteher eines Dorfes genießen nicht die ausgedehnten Rechte, wie die städtischen Behörden, indem ihnen höchstens eine po=

1) Abgesehen von den §. 50 N. 5 angeführten Gemeindeordnungen bieten die älteren Acker= und Dorfordnungen, von denen einige bei Ortloff Grundzüge S. 234 angeführt sind, sowie die wenigen Dorfstatuten (zum Theil in den Lagerbüchern aufgezeichnet) ergänzende Quellen dar. Sehr reichhaltig sind auch in dieser Beziehung die von Grimm gesammelten Weisthümer. S. vorzüglich die statistisch=historischen Nachweisungen bei Stüve a. a. O.

2) Unter diesen pflegt auch ein Syndicus zu sein, „das Sprachrohr der Gemeinde" nach Klingner Sammlungen zum Dorf= und Bauernrechte. 1749. S. 14. — Vgl. überhaupt Hagemann Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 18 flg.

3) Vgl. Struben rechtl. Bed. Bd. 5 Bed. 23.

4) Vgl. Weber Handbuch des Lehnrechts T. II S. 329 flg. Solche Güter heißen Schulzenlehen.

5) In dieser Eigenschaft sind die Gemeindevorsteher zugleich s. g. Gerichtsschöppen, d. h. Urkundspersonen bei wichtigen Criminalverhandlungen. Sie haben ferner bei Auspfändungen, Besichtigungen, Taxationen, Auctionen u. dergl. thätig zu sein.

lizeiliche Strafgewalt über Feldfrevel und Vergehen gegen die Dorfordnung[6]) (Rügegerichte, Dorfgerichte[7])) zusteht, und auch ihre Administrativgewalt vielfach beschränkt ist[8]). Gemeindebeschlüsse werden regelmäßig unter Leitung des Vorstands von den gesammten stimmberechtigten Gemeindegliedern gefaßt[9]); zu diesen gehören aber nur die mit einem Bauerhofe angesessenen Dorfgenossen[10]), obschon sowohl die das Stimmrecht entbehrenden bloßen Häuslinge, als auch die nicht im Dorfverbande stehenden weltlichen und geistlichen Beamten bis zu einem bestimmten Maße zur Theilnahme am Gemeindenutzen berechtigt[11]) und zum Beitrage zu den Gemeindelasten nach Ortsherkommen verpflichtet sein können[12]). Diese Lasten bestehen abgesehen von Geldbeiträgen in Diensten der verschiedensten Art (Hand= und Spanndienste[13])).

B. Zünfte[1]).

Einleitung.

§. 55.

Der Betrieb der Gewerbe[1]) in geschlossenen Vereinen,

---

6) z. B. über Vergehen gegen die Feuerordnung; vgl. Klingner a. a. O. S. 10 flg.

7) Wo solche Rügegerichte vorkommen (vgl. Ortloff a. a. O. S. 236), werden sie regelmäßig unter Autorität eines Staatsbeamten gehalten.

8) Die Gemeinde= oder Dorfherrschaft steht oft dem Gerichtsherrn oder dem Amte zu.

9) Ausschüsse werden als genügend befunden z. B. in Bayern. Vgl. Moy Staatsrecht I. S. 424.

10) Vgl. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 86.

11) Vgl. Bülow und Hagemann Erört. Bd. 7 Nr. 42.

12) Hagemann Landwirthschaftsr. S. 100 u. S. 469 flg.

13) Hagemann a. a. O. S. 465 flg.

1) Ueber die Geschichte der Zünfte vergl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 312. 432. Vgl. auch Wilda das Gildewesen im Mittelalter. 1831. S. 228 flg.

2) J. A. Ortloff das Recht der Handwerker. Erlangen 1803.

Innungen, Gilden, Zünften, welche Corporationsrechte erlangt hatten, durch einen selbstgewählten mit einer Disciplinargewalt versehenen Vorstand vertreten wurden und die Ausschließlichkeit der Berechtigung ihrer Mitglieder zum Gewerbsbetriebe nach außen geltend zu machen befugt waren, wurde schon im vorigen Jahrhunderte wegen der vielfachen Mißbräuche, welche allmählig das Zunftwesen aufgenommen

---

Eine gute Sammlung der früheren Quellen von Demselben u. d. Tit.: Corpus juris opificiarii oder Sammlung v. allgem. Innungsgesetzen u. Verordn. f. d. Handwerker. 2. Ausg. 1820. Diese Quellen sind 1) Reichsgesetze, nämlich die R.-Pol.-O. v. 1530, Tit. 39, v. 1548, Tit. 36 u. 37. R.-Absch. v. 1551, §. 83. 84, v. 1559, §. 75. R.-Pol.-O. v. 1577, Tit. 37. 38, Reichsschluß wegen Abstellung der Unordn. u. Mißbräuche bei Handwerken von 1731 und von 1772 (blauen Montag und die Kinder der Abdecker hauptsächl. betr.). 2) Landesgesetze, von Preußen: Ges. über die Einführung einer allgem. Gewerbesteuer v. 2. Nov. 1810 und v. 30. Mai 1820, über polizeiliche Verhältn. d. Gewerbe v. 7. Sept. 1811, allgemeine Gewerbeordnung v. 17. Januar 1845. Von Oesterreich: die zu Brünn 1793 erschienene vollständige Sammlung aller seit dem Jahre 1729 bis gegenw. ergangenen Generalien und Verordn. f. sämmtl. Innungen und Zünfte. Königr. Sachsen: Generalinnungsartikel v. 8. Jun. 1780 und Mandat v. 7. Dec. 1810. Bayern: Ges. v. 11. Sept. 1825. Hannover: Edikt die Wiederherstellung der Zünfte in Ostfriesland betr. v. 11. Aug. 1819. (Neuer Entwurf für Hannover v. 1. Febr. 1846.) Weimar: Zunftordnung v. 15. Mai 1821. Oldenburg: Ges. v. 27. Febr. 1820. Nassau: v. 15. März 1819. Würtemberg: vom 5. Aug. 1836. Schwarzb.-Sondershausen: vom 21. Aug. 1844. Aeltere Landesges. s. bei Ortloff im Corp. jur. opif. — 3) Privilegien und autonomische Beliebungen (Zunftstatuten, Zunftartikel); jedoch bedürfen die letzteren stets der obrigkeitlichen Bestätigung nach dem Reichsbeschluß v. 1731. §. 1. 4) Gewohnheitsrecht der Handwerker. Handwerksgebräuche. Die Bestimmung des unter 3) angef. Reichsschlusses, daß auch diese zu ihrer Gültigkeit einer Confirmation bedürfen, kann nach allgemeinen Regeln über das Gewohnheitsrecht keine Bedeutung haben; nur wird ihrer Gültigkeit immer die Bedingung vorstehen, daß sie den Prohibitivbestimmungen der Reichsgesetze nicht widersprechen. Ueber dieses Gewohn-

hatte[3]), von der Gesetzgebung ungünstig beurtheilt. Jedoch beschränken sich die dahin einschlagenden Reichsgesetze und landespolizeilichen Vorschriften nur auf eine möglichste Beseitigung dieser Mißbräuche, ohne das Institut der Zunftverfassung selbst anzugreifen. In diesem Sinne sind zwar auch in diesem Jahrhunderte Gesetze ertheilt worden, welche die Zünfte erhalten, aber ihre nachtheiligen Wirkungen theils durch beschränkende Vorschriften, theils durch Unterstellung derselben unter eine unmittelbare obrigkeitliche Ueberwachung zu verhüten streben[4]); aber es hat auch nicht an solchen Landesgesetzen gefehlt, welche noch weiter vorschritten und eine der Zunftverfassung entgegengesetzte Gewerbefreiheit einführten[5]).. Nach dieser werden die Innungen zwar regel-

---

heitsrecht, wie es sich in Ceremonien, Sprüchen u. dergl. kund giebt, vgl. Ortloff Recht der Handwerker S. 97 flg.

3) Ueber die wahrhaft lächerlichen Auswüchse der Zunftverhältnisse vgl. Ortloff Recht der Handw. S. 124 flg. Auch Perthes das deutsche Staatsleben vor der Revolution (1845) S. 137. — Ganz besonders gefährlich ist das s. g. „Schelten" der Meister, und das „Auftreiben" der gescholtenen Gesellen. Gegen diese Mißbräuche namentlich ging die Reichsgesetzgebung.

4) So in Baden, Würtemberg, Sachsen, Oldenburg, Weimar, Hessen, Hannover, Schwarzburg-Sondershausen. In der neusten Zeit ist indessen auch dieß System meist verlassen, und dafür volle Gewerbefreiheit eingeführt worden.

5) So in Preußen nach dem §. 104 der allg. Gewerbeordn., und in Bayern nach d. Ges. v. 11. Sept. 1825. Vgl. namentl. Art. 7 des letztern: „Bei denjenigen Gewerken, welche sich bisher in einem Innungsverbande befunden haben, bestehen die Zünfte als Vereine der Genossen eines oder mehrerer verwandter Gewerbe unter obrigkeitlicher Aufsicht, Leitung, Schutz, ausschließend zu den nachstehenden Zwecken, unter Aufhebung aller andern Befugnisse fort: 1) Verbreitung nützlicher Gewerbskenntnisse unter den Vereinsmitgliedern, 2) Erleichterung der Ausbildung in den Gewerben, entsprechende Aufsicht auf Lehrlinge, Gesellen, Gehülfen, 4) geordnete Verwaltung und nützliche Verwendung des Vereinsvermögens, 5) Unterstützung dürftiger Gewerbsangehörigen."

mäßig geduldet*) und wird ihnen eine zur Verfolgung nützlicher und das Gewerbsleben fördernder Zwecke dienende Wirksamkeit gestattet; aber die Theilnahme an denselben ist dann nicht mehr die Bedingung des Betriebs eines Gewerbes, welcher vielmehr Jedem ohne Weiteres (sofern nicht eine obrigkeitliche Concession vorbehalten ist) freisteht[6]).

Innere Verfassung der Zünfte.

§. 56.

Vollberechtigte und stimmführende Mitglieder der Zunft[1]) sind die Meister, d. h. diejenigen, welche zum Betriebe des Handwerks auf eigene Rechnung und zum Verkauf der verfertigten Waaren berechtigt sind. Das Meisterrecht wird erworben durch Aufnahme unter die Zunftmitglieder[2]), welche außer dem Unterthanenrechte voraussetzt, daß der Aufzunehmende eine bestimmte Zeit als Lehrling[3]) und hierauf als Gesell gearbeitet habe und mit Beobachtung der darüber gel-

---

*) Uebrigens mit vollständiger Beseitigung aller ehemaligen Banngerechtsame; sie sind dann freie Corporationen von rein privatrechtlichem Charakter. Manche neue Gewerbeordnungen erklären sogar, um definitiv mit dem Zunftwesen zu brechen, auch solche Corporationen für unstatthaft. Das im Texte erwähnte Princip ist z. B. angenommen in der Weimarischen Gewerbe-O. v. 30. April. 1862. §. 76.

6) Bisweilen muß noch der Besitz eines Grundstücks dazu kommen, auf welches die Gewerbeberechtigung radicirt ist.

1) Diese ist entweder eine einfache, d. h. nur ein Handwerk umfassende, oder eine zusammengesetzte.

2) Diese kann (vorausgesetzt, daß die übrigen Bedingungen erfüllt sind) nur versagt werden, wenn die Zunft eine „geschlossene," d. h. auf eine bestimmte Zahl von Meistern beschränkte ist. Ortloff a. a. O. §. 3. Außerdem wurde noch die Bedingung einer sehr weit ausgedehnten Ehrbarkeit gemacht, welcher schon die Reichsgesetzgebung, R.-P.-O. v. 1548. Tit. 36, 37 §. 1 entgegenwirkte.

3) Nach der Lehrzeit findet das s. g. Aufdingen und Lossprechen Statt. Vgl. den Reichsschluß von 1731. §. 2, 5, 7. Ortloff S. 154.

tenden Bestimmungen gewandert sei[4]), sowie daß er endlich ein bei der Prüfung durch die Zunft oder die durch die Obrigkeit ernannte Prüfungsbehörde[5]) genügend befundenes Meisterstück[6]) verfertigt habe; jedoch kann eine landesherrliche Dispensation das Meisterrecht ohne Rücksicht auf diese Bedingungen ertheilen (s. g. Gnadenmeister)[7]). Alle dadurch gegebenen Befugnisse mit Ausnahme des darin enthaltenen Stimmrechts in der Zunftversammlung gehen auch auf die Meisterswittwe über, welche das Geschäft durch Gesellen fortsetzen darf[8]).

Die Zunft ist eine Corporation; das Vermögen derselben wird durch die Beiträge der Meister, die Strafgelder und manche Gebühren der Lehrlinge[9]) zusammengebracht. Die Mitglieder wählen sich einen Vorstand (Gilde-, Alt-, Obermeister[10])), der die Zunftversammlungen unter Concurrenz eines obrigkeitlichen Abgeordneten[11]) leitet, das Zunftvermö-

---

4) Ueber das Wandern vgl. Reichsschluß von 1731. §. 2. Bei den s. g. gesperrten Zünften wird keinem Auswärtigen das Erlernen des Handwerks gestattet, und das Wandern der Gesellen ist darauf beschränkt, daß es zu gesperrten Zünften geschieht. Vgl. Ortloff §. 3. Jenachdem den wandernden Handwerksgesellen aus der Zunftkasse eine Gabe verabreicht wird oder nicht, spricht man von „geschenkten" oder „ungeschenkten" Zünften. — Ueber Versammlungen der Gesellen vgl. Ortloff S. 198 flg und Reichsschluß von 1731. §. 6 u. 10.

5) So im Würtemb. Ges. §. 48.

6) Vgl. Reichsschluß von 1731. §. 12.

7) Davon verschieden ist der s. g. Freimeister, d. h. ein durch landesherrliche Concession außerhalb der Zunft bestellter Meister.

8) Ortloff a. a. O. S. 291.

9) z. B. für Ausstellung der Lehrbriefe.

10) Das Gegentheil davon ist der Jungmeister, d. h. der zuletzt in die Zunft aufgenommene Meister, welcher die Verpflichtung hat, untergeordnete Geschäfte zu besorgen, z. B. Vorladungen und Einladungen zur Zunftversammlung.

11) Reichsbeschluß v. 1731. §. 1. Ortloff a. a. O. S. 70.

gen mit Hülfe des Ladenmeisters verwaltet und die Corporation auch vor Gericht vertritt. Durch diesen Vorstand werden auch die Innungsstrafen verhängt, welche jedoch durch neuere Gesetzgebungen[12]) auf kleine Geldbußen und Rügen beschränkt oder ganz aufgehoben sind, so daß weder das ehemalige Beeinträchtigen eines Zunftmitglieds durch das s. g. Schelten, noch das willkürliche Ausstoßen aus der Zunft (welches nur in Folge einer entehrenden Criminalstrafe geschehen kann) in irgend einer Weise stattfinden darf[13]).

Aeußere Wirksamkeit der Zünfte.

§. 57.

Die Zunft kann da, wo keine Gewerbefreiheit besteht, die Ausübung ihres Gewerbes durch Nichtzünftige[1]) oder Mitglieder einer andern Zunft verbieten (Zunftzwang, Zunftbann[2])). Der Umfang dieses Rechts ist jedoch verschieden, da es besonders durch neuere Gesetzgebungen mehrfache Beschränkungen erlitten hat[3]); denn nicht allenthalben wirkt es ganz allgemein oder innerhalb der Bannmeile gegen die auf Dörfern befindlichen Handwerker[4]), und nicht immer erstreckt es sich auf das Einbringen der an dritten Orten gefertigten Waaren durch Fremde außerhalb der Markt- und Meßzei-

12) S. z. B. Würtemb. Ges. §. 64. 65. 86. Schwarzb. Ges. §. 116. Hannover. Ges. §. 32. Hessisches §. 198. Weimarisches §. 181.

13) Vgl. schon Reichsschluß v. 1731, §. 5.

1) Pfuscher oder Böhnhase genannt.

2) Vgl. Ortloff S. 328. Merbach Theorie des Zunftzwangs oder des Zunftsverbietungsrechts nach allgem. deutschen und sächs. Gesetzen. Leipz. 1808.

3) Vgl. Pr. Landr. Th. II Tit. 8 §. 224 flg. Schwarzburg. Ges. §. 13. Würtemb. §. 71. Weimarisches Ges. §. 133.

4) Und auch in diesem Falle nicht gegen diejenigen Handwerker, welche zum unentbehrlichsten Bedürfniß der Landleute arbeiten.

ten [5]). Jedenfalls sind davon ausgenommen die von Jemandem selbst oder durch Dienstboten [6]) für sich, die für Fabricanten und die durch öffentliche Staatsanstalten [7]) gefertigten Arbeiten. Ein Confiscationsrecht der gegen den Zunftbann gefertigten Waaren kann, wenn es an sich begründet ist, nur mit obrigkeitlicher Hülfe [8]) und nur gegen Denjenigen ausgeübt werden, der das Zunftrecht durch die Lieferung der Arbeit verletzte.

Zweiter Abschnitt.

Von den Gegenständen der Rechte (Sachen).

1) Bewegliche und unbewegliche Sachen.

§. 58.

Diese Eintheilung bezieht sich zwar an sich nur auf körperliche Sachen; aber das Bedürfniß der Anwendung der mit ihr zusammenhängenden Bestimmungen [1]) hat die Nothwen-

5) Den am gleichen Ort wohnenden Kaufleuten können die Zünfte den Verkauf solcher Waaren, als bei ihnen gefertigt werden, nicht verbieten. Vgl. Bülow und Hagemann Erört. 1. Bd. S. 108. Dagegen ist es regelmäßig selbst den Zunfmitgliedern untersagt, mit ihren Waaren zu hausiren, obschon sie dieselben in offenen Laden verkaufen dürfen (aber nicht die Rohstoffe).

6) Vgl. Bülow und Hagemann Erört. 7. Bd. S. 367.

7) z. B. in Zuchthäusern, Arbeitshäusern, Irrenanstalten, z. B. Würtemb. Ges. Art. 70.

8) Vgl. Ortloff S. 334. Noch mehr ist dieß beschränkt in neueren Gesetzgebungen, welche gar kein eigenmächtiges Pfändungsrecht zulassen, sondern bloße Anzeige bei der Polizeibehörde, z. B. Würtemb. Ges. Art. 74.

1) In der That sind diese Bestimmungen hier wichtiger und weitgreifender, als dieß mit der gleichen Eintheilung im römischen Rechte der Fall ist, indem die unbeweglichen Güter vermöge ihres Zusammenhangs mit dem öffentlichen Leben und ihrer größeren Werthschätzung vor der fahrenden Habe in der Zeit eines unentwickelten Verkehrs, im älteren deutschen Rechte bei Weitem die größere Berücksichtigung gefun-

digkeit einer ausnahmsweisen Ausdehnung jener Eintheilung auch auf unkörperliche Sachen, und zwar gewöhnlich in der Weise veranlaßt, daß Rechte an und für sich als bewegliche, aber in Verbindung mit einer unbeweglichen Sache für unbeweglich angesehen werden [2]). Bewegliche Sachen, Fahrniß, fahrende Habe genannt, werden bei Rechtsgeschäften häufig mit ihren besonderen Namen bezeichnet, deren Erklärung aus dem örtlichen Sprachgebrauche zu suchen ist [3]); diese Namen bezeichnen oft einen Complex von Sachen, welcher entweder mit einem bestimmten juristischen Charakter [4]) oder einer sonstigen einheitlichen Beziehung hervortritt [5]). Nicht immer sind die Sachen in den Particularrechten nach ihrer bleibenden inneren Natur der einen oder anderen Classe zugewiesen, sondern bald werden sie abwechselnd nach dem successiven Hervortreten bestimmter Eigenschaften zu den beweglichen und dann zu den unbeweglichen Gegenständen (oder umgekehrt) gezählt [6]), bald geschieht diese Classification nach

den haben. Für dieses könnte man in Rücksicht auf jenen erstern Gesichtspunct nicht ohne Grund eine Scheidung des Sachenrechts der beweglichen und der unbeweglichen Habe durchführen. Obschon nun auch in der Gegenwart noch einige bedeutende Spuren dieser verschiedenen Beurtheilung der liegenden Güter gegenüber den beweglichen sichtbar sind (z. B. im neueren Hypothekenrechte), so sind sie doch nicht von der Art, daß sich darauf eine Spaltung des obersten Princips des Sachenrechts in der angegebenen Weise für das heutige Recht stützen ließe.

2) Vgl. Orloff Grundzüge S. 257. Vgl. Preuß. Landr. 1. Thl. Tit. 2 §. 7—9, und Oesterr. Gesetzb. §. 298 und 299. Siehe auch Bayrisches Landr. II. Th. 1. Cap. §. 9.

3) Vgl. Preuß. Landrecht 1. Thl. 2. Tit. §. 10—30, wo solche Ausdrücke erklärt sind.

4) z. B. Gerade, Heergeräthe, Mußtheil.

5) z. B. Hausrath, Möbeln, Kistenpfand, Effecten, Capitalvermögen, Geräthschaften, reide Güter, Ingedömte. (Vgl. über die letzteren beiden Ausdrücke Haltaus Glossarium unter d. Worte, und Kraut's Grundr. S. 187 Not. 45, 54, 61. 62.)

6) So in Bezug auf Korn und Wein in der Oeffnung von Stäfa

einem die Eigenschaft der Beweglichkeit gar nicht berührenden Grundsatze, wie z. B. nach der Regel: „was die Fackel ver-verzehrt, ist Fahrniß"[7]).

Die unbeweglichen Sachen werden Eigen, Erbe, liegende Güter genannt[8]). Jedoch bezeichnet das Wort „Erbgut" im engern Sinne ein bestimmten Veräußerungsbeschränkungen unterworfenes Stamm- oder Familiengut[9]), und der Ausdruck „freies Eigen" (Allod) ein dem Lehnsverbande oder gutsherrlichen und ähnlichen Lasten entzogenes Grundstück. Besonders eigenthümliche Rechtsverhältnisse setzen die Bezeichnungen voraus: Domänen (im Gegensatz der Kammer- und Chatullgüter), Rittergüter, Bauergüter.

2) Rechtlich verbundene Sachen.

§. 59.

Die Pertinenzqualität einer Sache, wonach diese juristisch als Theil einer andern behandelt wird, beruht auf

---

bei Grimm Weisth. 1, 45; Oesterr. Gesetzb. §. 295: „die Fische in Teichen und das Wild im Walde werden erst dann ein bewegliches Gut, wenn der Teich gefischet und das Wild erleget und gefangen worden ist." Vgl. Mittermaier Grundſ. §. 143.

7) Vgl. Senckenberg Selecta jur. et histor. Tom. III p. 282 und Mogen de vera ac genuina rer. mobil. et immob. indole etc. Giess. 1760 (besonders im zweiten Theil). Dieses Sprichwort findet sich besonders in Hessischen Localrechten. — Die Salfeldischen Statuten Art. 63 (bei Walch I. S. 29) sagen: Was uff lengute stet, daz der wint bewet und dy sunne beschint, daz ist varne habe.

8) Vgl. die Stellen bei Kraut Grundr. §. 95. Homeyer's Register zum Sachsenspiegel. Ueber die Ausdrücke proprietas, Eigen u. s. w. siehe Dunker Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 2 S. 187 flg. Ueber terra Salica siehe Waitz d. alte Recht der Sal. Franken S. 117 flg. Ueber Allod siehe Grimm R.-A. S. 492. Waitz a. a. O. S. 121 u. Pardessus loi Salique p. 692 sq. (14. Abhandl.). Vgl. auch Kraut in den Götting. gel. Anzeigen 1847. S. 1734.

9) Den Gegensatz bildete nach Stadtrechten und späteren Landrechten das „wohlgewonnene Gut".

der ausschließlichen Bestimmung derselben zum Nutzen der Hauptsache. Von diesem schon dem römischen Rechte [1]) bekannten Grundsatze enthält das deutsche Recht keine Ausnahme in dem Sprüchworte, daß Alles Pertinenz sei, was erd-, wand-, band-, mauer-, niet- und nagelfest ist [2]), indem dieß keinen andern Anspruch macht, als den der sinnlichen Bezeichnung des factisch regelmäßig Stattfindenden [3]). Die Eigenschaft einer Sache als Pertinenz einer andern wird in der Regel aus ihrem natürlichen Verhältnisse zur Hauptsache erkannt werden; sie kann aber auch durch eine ausdrückliche Privatdisposition oder durch Gesetz begründet werden.

Auf ganz anderen Gründen beruht die Untrennbarkeit vereinigter Grundstücke, wo diese lediglich Theile eines Ganzen sind, z. B. bei Rittergütern, oder geschlossenen Bauergütern. Hier ist die Untheilbarkeit der einzelnen Aecker entweder die Folge eines Rechtsgeschäfts (z. B. Fideikommißstiftung), oder eines Rechtssatzes (geschlossene Güter im Ge-

---

1) Vgl. Puchta Pandekten §. 37 N. 1 und Vorlesungen über das heutige röm. Recht §. 37.

2) Vgl. Goslar. Statut. (Göschen) S. 26 Z. 23. Nürnberg. Reform II, 16, Ges. 6. Ortloff Grundzüge S. 258 flg. Es ist ein Irrthum, anzunehmen, daß mit diesem Sprüchworte auf den bloßen körperlichen Zusammenhang die Pertinenzqualität gestützt werde (da es sich offenbar weit mehr noch auf die Eigenschaft einer Sache als Theil der Hauptsache bezieht). So Maurenbrecher Lehrbuch I S. 402 N. 2, der sich unrichtiger Weise dabei auf fr. 13 §. 13 D. de act. emt. vend. beruft. Vgl. Orth's Anm. zur Frankf. Reform Th. 2 S. 387. Vgl. die richtige Ansicht bei Wächter Handb. des Würt. Pr.-R. Bd. 2 S. 255 und Falck Schleswig-Holst. Pr.-R. Bd. 5 S. 135 Not. 7.

3) Oft bestimmen Particularrechte, was als Pertinenz gelten solle. Vgl. z. B. Preuß. Landr. Th. 1 Tit. 2 §. 42—108, Oesterr. Gesetzb. §. 294—297. Privatversuche der Art sind: K. F. Hommel Pertinenz- und Erbsonderungsregister. 6. Ausg. von Winkler. 1805, und bei Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 158—160. Scholz Schäfereirecht (1837) S. 341 flg.

gensatze der fliegenden oder walzenden)[4]. Der Beweis dieses Verhältnisses kann nicht bloß durch den Nachweis bestimmter die Einheit der Güter begründender Acte[5]) geführt, sondern auch aus anderen Thatsachen geschlossen werden; dahin gehört die Belastung eines Gütercomplexes mit ungetheilten öffentlichen oder privatrechtlichen Abgaben[6]), nicht aber immer die mehrmalige gemeinschaftliche Vererbung, oder die gleichmäßige Bewirthschaftung[7]). Die Unzertrennlichkeit bäuerlicher Güter ist aus politischen und die Erleichterung der Dienst- und Abgabenleistung betreffenden Rücksichten[8]) particularrechtlich eingeführt worden, und die Gesetzgebungen gewähren zum Zweck der Wiedervereinigung abgetrennter Stücke je nach der Verschiedenheit ihres Standpuncts die Retractsklage, die Vindi-

4) Vgl. darüber Leyser Medit. ad Pand. Spec. 100 und 101. Struben rechtl. Bedenken Th. I, 23, 43, 75, Th. III, 130, Th. IV, 127. Gothaische Landesordn. P. 2 C. 2 Tit. 14, und die übrigen Sachsen-Ernestinischen Landesordnungen; Chursächs. Instruct. v. 14. Oct. 1799 (Cod. August. cont. II P. II. p. 1075) und Generale v. 15. Aug. 1766. Mecklenb. Polizeiordn. v. 1572. Tit. 15. Besonders aber die Herzogl. Braunschw.-Lüneb. Verordn. wegen Redintegrirung der Meyerhöfe v. 1. Jul. 1699, bei Kraut Grundr. S. 190 N. 4. Dieß Verhältniß wird häufig, aber nicht richtig, als ein Pertinenzverhältniß aufgefaßt. S. Wächter a. a. O. S. 252 N. 17.

5) Dahin gehören Fideikommißurkunden, Leihe- und Meyerbriefe, Testamente, in denen ein solcher Constitutionsact ausgesprochen ist. Vgl. überhaupt Stryk de probat. pertinentiar. 1688 u. Mencken de prob. pert. 1723.

6) Vgl. Eichhorn Einl. §. 154. Am besten ergeben solche Umstände die Erb-, Flur- und Lagerbücher, und die Steuerkataster, Hebe- und Dienstregister. Vgl. Leyser a. a. O.

7) Wohl aber ein gemeinschaftlicher Name für den Inbegriff der fraglichen Güter.

8) Wo sie nicht schon auf der Gutsherrlichkeit beruht. — Wie in der neusten Zeit hinwiederum aus nationalökonomischen Principien umgekehrt die Theilbarkeit begünstigt worden ist und sich jetzt über diese Frage ein lebhafter Streit erhoben hat, gehört nicht in den Bereich dieser Darstellung.

cation[9]) oder einen gewöhnlichen persönlichen Anspruch (Revocatorien-, Reunions- oder Recuperatorienklage).

3) Dem Verkehr entzogene Sachen.

§. 60.

Die Unterscheidung der Sachen in solche, welche in und außer dem Verkehr liegen, findet auch im deutschen Rechte noch in derselben Weise statt, in welcher sie das römische Recht erwähnt[1]), nur daß diesen Begriffen heutzutage bisweilen neue Gegenstände, z. B. Deiche[2]), untergelegt sind. Ganz verschieden von den in dieser Eintheilung der Sachen berührten Eigenschaften ist die zum Theil aus dem Fehde-

---

9) In diesem Falle braucht natürlich, wenn nicht der Veräußerer selbst oder der Erbe klagt, kein Kaufpreis restituirt zu werden. Ueber die Unzulässigkeit der Einrede des Vergleichs und Verzichts vgl. Leyser a. a. O. spec. 101 med. 3 u. 4. Wohl aber ist die Einrede der Verjährung zulässig, vgl. Eichhorn a. a. O.

1) Vgl. Puchta Pandekten §. 35. Freilich behandelt das heutige Recht einen Theil der dem Verkehr entzogenen Sachen, insbesondere die res sacrae und religiosae, anders als das römische Recht. S. Windscheid Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 §. 147.

2) Gewöhnlich pflegt man im Systeme des deutschen Privatrechts ganz besonders von dem s. g. Deichrecht, d. h. den bei der Abhaltung des Wassers von den anliegenden Grundstücken durch Deiche und Siele (Schleußen) beobachteten Grundsätzen zu handeln, namentlich die hierbei sich bildenden Vereine der Deichpflichtigen (Deich- und Sielbände) den privatrechtlichen Genossenschaften an die Seite zu stellen, wenn nicht die staatliche Einwirkung die Veranlassung giebt, eine Regalität zu behaupten. Dieß ist unrichtig. Denn die Deichlast ist durchaus keine privatrechtliche, sondern eine öffentliche Last der in dem bedrohten Bezirke wohnenden Grundbesitzer, analog der allgemeinen Verpflichtung der Unterthanen zur Landesvertheidigung im Kriege. Daß die Deichlast an den Besitz eines bedrohten Grundstückes geknüpft ist, ändert natürlich an diesem Gesichtspuncte Nichts; daß unter Umständen, nämlich bei Vernachlässigung dieser Verpflichtung, das Grundstück verloren wird („wer nicht kann deichen, der muß weichen", s. g. Spatenrecht), ist eine nicht privatrechtliche Folge, sondern eine nothwendige polizeiliche Maßregel. — Hiergegen richtet jetzt

rechte des Mittelalters stammende und noch immer in schwachen Ueberresten sichtbare Potenzirung des für gewisse Gegenstände (befriedete Sachen) gewährten Rechtsschutzes[3]), deren Berücksichtigung jedoch allein dem Strafrechte anheimfällt.

Die Wasserwelle[1]).

§. 61.

Unter den Sachen, welche als Allen gemeinschaftlich (res communes omnium) außerhalb des Verkehrs stehen,

---

Walter d. Pr.-R. §. 161 N. 1 die leichtfertige Bemerkung, es sei allerdings „das Leichteste", diese Lehre auszuschließen; gegen die vorwurfsvolle Unterstellung, welche darin liegt, muß ich mich entschieden verwahren.

3) Dahin gehören Kirchhöfe, Kirchen, landesherrliche Schlösser, das eigene Haus, der Pflug auf dem Felde, Mühlen, Deiche, Brücken, Eisenbahnen. Die juristische Pointe liegt in der härteren Bestrafung der an oder in diesen Gegenständen begangenen Verbrechen. Vergl. z. B. Sachsenspiegel II, 13, 16, Dithmarsches Landrecht v. 1447 (bei Michelsen altdithmarsche Rechtsquellen 1842. S. 45) §. 126 flg. Vgl. Dann in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 3 S. 327 flg.

1) Der Gegenstand dieses §. und des §. 63 wird häufig unsystematisch unter der gemeinsamen Rubrik „Rechtsverhältnisse an Gewässern" im Sachenrechte abgehandelt. Man muß die verschiedenen Seiten, welche das Wasser dem Rechte darbietet, streng sondern. Es kommt erstens in Betracht als Wassersubstanz; davon ist hier nur zum Theil die Rede. Sodann als strömende Wasserwelle in einem Flußbette, welches in seiner Eigenschaft als Behälter des fließenden Wassers dem publicus usus gewidmet ist; davon ist in diesem §. die Rede. Endlich kommt der Fluß auch rechtlich in Betracht von Seiten seiner Tragkraft, als Wasserstraße, als öffentlicher Weg. Davon handelt der §. 63. — Die neueren Wassergesetze (z. B. Badisches Gesetz v. 28. Febr. 1851, K. Sächs. Ges. v. 15. Aug. 1855, Braunschw. Ges. v. 19. Dez. 1851, Preuß. Ges. v. 28. Febr. 1843, das Bayrische Ges. v. 28. Mai 1852 und das Weimarische v. 16. Febr. 1854) fassen dagegen mit Recht alle auf das Wasserrecht bezüglichen Puncte zusammen, da die praktischen Anstalten, welche sie betreffen, eine strenge Scheidung jener Gesichtspuncte nicht zulassen, und die Gesetzgebung sich nicht von theoretischen, sondern nur von praktischen Rücksichten leiten zu lassen braucht.

führt schon das römische Recht die strömende Wasserwelle auf[2]). Es kann nun vorkommen, daß die factische Möglichkeit der wirklichen Benutzung eines beständig fließenden nicht öffentlichen Wassers nur für bestimmte Personen vorhanden ist, wenn es nämlich durch ein im Eigenthum eines oder mehrerer Privaten befindliches Flußbett fließt, welches nur einen Theil ihrer angränzenden Grundstücke bildet. So geschieht es dann, daß in Folge äußerer Umstände eine scheinbare Ausnahme von jenem Principe statt findet, und man spricht in diesem Falle uneigentlicher Weise von einem Privateigenthum am Flusse, während in der That nur ein Eigenthum am Flußbett bei factischer Verhinderung Anderer zur Benutzung der Wasserwelle vorliegt[3]). An sich ist der

---

Hierbei ist charakteristisch eine eigenthümliche Einwirkung, welche auf die Gestaltung der Flußverhältnisse den Verwaltungsbehörden eingeräumt wird, durch welche das allgemeine Interesse mit dem Sonderinteresse eines einzelnen Betheiligten ausgeglichen werden soll. Die Richtung, welche die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden hiernach zu nehmen hat, geht namentlich auf Herstellung von Genossenschaften aller Interessenten, wenn es sich um Flußanlagen von größerem Umfange (Uferbauten, Bewässerungsanstalten u. s. w.) handelt. Die Gründung solcher Genossenschaften und die Errichtung solcher Anstalten wird durch das Princip der Majorisirung erleichtert, und für die Ermöglichung der nutzbringendsten Verwendung der Wasserkraft ein weitgehendes Expropriationsrecht gewährt. Glaß die wasserrechtliche Gesetzgebung auf dem Standpuncte der Gegenwart, 1856. Schenk zur Wasserrechtsfrage, 1860. Scheele das Preußische Wasserrecht, 1860. Pözl die Bayrischen Wassergesetze u. s. w., 1859. Ubbelohde über das im Königr. Hannover geltende Recht der Entwässerung und Bewässerung, 1862. S. auch Anschütz in dem Jahrb. des gem. deutschen Rechts, Bd. 3 S. 396 flg.

2) S. L. 2 D. de divis. rer. (1, 8) und §. 1 Inst. de rer. divis. (2, 1). Es versteht sich von selbst, daß das Wasser in einem Bassin oder gegrabenen Teiche nicht hierher gehört. Dieß ist schon occupirt.

3) Dieß wird häufig verkannt, daher fehlt es der Literatur dieses Gegenstandes hie und da an sicheren Principien. S. Gesterding im Archiv für civ. Praxis III. S. 60. Günther Diss. de jure aquar. Lips.

Ufereigenthümer berechtigt, das durch seinen Grund und Boden fließende Wasser in jeder Weise zu gebrauchen, sofern ihn nicht Regalien, z. B. ein auch auf nicht öffentliche Flüsse ausnahmsweise sich erstreckendes Mühlenregal, oder polizeiliche Beschränkungen, z. B. in Betreff der Wildflößerei, daran verhindern[4]). Dem tiefer liegenden Eigenthümer des Flußbetts gegenüber ist der obere Eigenthümer in Rücksicht auf die Art und das Maß der Wasserbenutzung nicht beschränkt, nur darf er nicht das Wasser durch dauernde verunreinigende Anstalten für die Benutzung untauglich machen[5]), oder dem Flußbett des unteren Grundbesitzers dadurch entziehen, daß er ihm willkürlich einen von seiner natürlichen Strömung verschiedenen Lauf giebt[6]), oder in Folge einer bleibenden Einrichtung es

---

1827—1828. Funke im Archiv f. civ. Praxis XII S. 274 und 432. Kori ebendas. Bd. XVIII S. 37 flg. Hagemann prakt. Erört. Bd. I Erört. 3 und 4. Bd. IV Erört. 1, 8. Endemann das ländliche Wasserrecht, 1862. Die ausländische Literatur s. bei Mittermaier Grunds. §. 222b. Den richtigen Gesichtspunct hat Elwers Themis. Neue Folge Bd. 1 (1841) S. 424. Unrichtig wieder Bluntschli d. Pr.-R. I. S. 375, indem er sich bemüht, aus der physikalischen Natur des Wassers nachzuweisen, daß hier eine eigenthümliche Art des Eigenthums, die er „Herrschaft" nennt, Platz greife; wie nachtheilig es ist, sich von solchen unjuristischen Anschauungen und Begriffen leiten zu lassen, zeigt die ganze Darstellung dieser Lehre bei Bluntschli, der es trotz mancher treffenden Gesichtspuncte an juristischer Bestimmtheit fehlt.

4) Schwab die Conflicte zwischen der Wasserfahrt u. s. w. als Beilageheft zum Archiv für civ. Praxis Bd. 30 (1847) S. 20.

5) Kori a. a. O. S. 43 und 51.

6) Das der heutigen Rechtsanschauung entsprechende Princip ist dieß: ein Fluß ist ein höheres Naturgeschenk, das Allen, deren Grundstücke es berührt, gleichmäßig zu Gute kommen soll; daher soll der Einzelne keine Disposition darüber haben, welche über seinen mit dem Interesse der übrigen Anlieger vereinbarlichen Genuß hinausgeht. Aus dieser Gemeinschaftlichkeit der Interessen Vieler ergiebt sich eine Reihe natürlicher Beschränkungen, deren nähere Feststellung eine Hauptaufgabe der oben N. 1 angeführten Gesetze gewesen ist.

fortwährend gänzlich oder übermäßig verbraucht [7]). Dem Eigenthümer des jenseitigen Ufers gegenüber beschränkt sich der diesseitige Eigenthümer in allen Fällen, wo eine solche örtliche Trennung entscheiden kann (z. B. beim Benutzen des Kieses), auf seinen nach römischem Rechte zu bestimmenden Antheil am Flußbett; wo diese Entscheidung nicht maßgebend ist (z. B. bei dem Conflicte zwischen einer Benutzung des Wassers zum Mühlenbetrieb und zur Bewässerung), concurriren zwei gleiche Berechtigungen, deren Collision durch einen auf beiderseitige billige Beschränkung gerichteten richterlichen Ausspruch gehoben werden kann, sofern es sich um die Conflicte schon bestehender Einrichtungen handelt [8]). Ist dagegen von der Einrichtung neuer beschränkender Unternehmungen die Rede, so genießt derjenige, welcher seine bisherige Wasserbenutzung zu schützen sucht, den Vorzug [9]).

Jedoch können alle diese Rechtssätze durch Erwerbung von Dienstbarkeiten verändert werden.

Oeffentliche Wege.

§. 62.

Unter den öffentlichen, der Einwirkung des Verkehrs entzogenen Sachen treten heutzutage mit besonderen Rechtsverhältnissen die Flüsse und öffentlichen Wege hervor. Zu den letzteren gehören alle zum gemeinen Gebrauche dienenden Wege ohne Rücksicht darauf, ob sie Eigenthum des Staats (res publicae) sind, oder Privateigenthum des Fiscus, einer

---

7) Aehnlich ist das Princip von l. 17 D. de serv. praed. rust. (8, 3).

8) Der Umstand, daß Jemand das Wasser bloß zum Schaden des Andern, ohne eigenes Interesse entzieht, kann hier besonders bedeutend werden. Beispiele s. bei Hagemann a. a. O.

9) L. 7 Cod. de servit. et aqua (3, 34).

Gemeinde, oder eines Privaten mit der Last, zum öffentlichen Gebrauch zu dienen, im Gegensatz der bloß zu einem speciellen und ausschließlichen Gebrauch angelegten Wege[1]). Die öffentlichen Wege können nicht ohne Einwilligung des Staats der allgemeinen Communication ganz oder theilweise entzogen werden, während die Veräußerung des Wegbodens ohne Veränderung seiner Bestimmung dem Eigenthümer frei steht. Neue Landstraßen (Eisenbahnen) im eigentlichen Sinne des Worts[2]), und Brücken[3]), als Fortsetzungen solcher, mit allgemeinen Staatsmitteln[4]) zu bauen, den zu den Landstraßen nöthigen

---

1) Die Namen, welche für solche Wege am häufigsten gebraucht werden, z. B. Feld=, Holz=, Nebenwege, sind wegen ihres schwankenden Gebrauchs ein unsicheres Kriterium. Vergl. Eichhorn Einl. §. 272, c. Als das Subject des Rechts auf den einem Privatgrundstücke aufliegenden öffentlichen Weg muß die Ortsgemeinde angesehen werden. Die Behauptung, daß ein öffentlicher Weg auf einem Privatgrundstücke bestehe, kann übrigens, abgesehen von den in constitutiven Rechtsgeschäften liegenden Titeln, nur auf unvordenkliche Zeit gestützt werden; denn das „Publicum", welches den Weg benutzt hat, kann nicht als Organ der Gemeinde in Ausübung von Besitzhandlungen, wie sie eine regelmäßige Ersitzung voraussetzen würde, angesehen werden.

2) d. h. die großen und allgemeinen Communicationswege, im Gegensatz bloßer Vicinalwege. Vgl. Pr. Landr. II, 15 §. 1. Es sind dieß die ehemaligen Königsstraßen des Sachsensp. II, 59 §. 3.

3) Sehr häufig redet man heutzutage von einem Brückenregale, welches einen Theil des Wasserregals ausmache. S. Maurenbrecher §. 297. Dieß ist ganz irrig, da die Natur der Sache die Brücke unter den gleichen Gesichtspunct mit der Landstraße stellt. S. auch Pr. Landr. II, 15 §. 54. Wenn das Recht ertheilt ist, Brückenzölle zu erheben, so ist im Zweifel damit auch die Verpflichtung zur Brückenerhaltung übertragen.

4) Die Lasten zum Bau der Landstraßen sind durchaus als allgemeine Unterthanenlasten anzusehen, welche der Fiscus mit Hülfe einer Steuererhebung zu bestreiten hat. Anders bei Communal= und Nachbarwegen, deren Bau und Unterhaltung den einzelnen Communen zufällt. Vgl. Haubold Sächs. R. §. 263. Sachse Sächs. Privatr. §. 387—390.

Boden nach dem Rechte der Expropriation zu gewinnen und eine dem Kostenaufwande entsprechende Abgabe zu fordern, ist ein der Staatsgewalt als Ausfluß des Hoheitsrechts, mithin keineswegs als Regal zustehendes Recht[5]). Die Befugniß einer Gemeinde oder eines Privaten, die Anlage von Landstraßen und Brücken auszuführen und entsprechende Abgaben zu fordern, kann durch Bewilligung des Staats erlangt werden[6]).

Oeffentliche Flüsse (Wasserstraßen).

§. 63.

Zu den öffentlichen Sachen, welche zum gemeinen Gebrauche dienen, gehören heutzutage alle Flüsse, auf denen die Schifffahrt und Floßfahrt ausgeübt werden kann[1]); ob

---

5) Es ist schwer zu begreifen, wie Maurenbrecher noch in der neuesten Ausgabe seines Lehrbuchs §. 298 diese aus der Landespolizei hervorgehenden Berechtigungen zu einem Landstraßenregal stempeln kann, welches niemals existirt hat. Auch Eichhorn §. 272 scheint nach der Stellung der Lehre diesen Irrthum zu theilen, welchen wiederum Phillips Deutsch. Privatr. II §. 91 ausbeutet. Ebensowenig kann daher von einem Eisenbahnregale die Rede sein. Richtig Koch Deutschlands Eisenbahnen 2. Abth. (1860) S. 482 flg.

6) Vgl. Sachse a. a. O. §. 389, 2.

1) Dieses Merkmal der Unterscheidung, für welches man sich jedoch ebenso wenig auf Sachsensp. II, 28 berufen darf, als auf das Görlitzer Landr. 34 §. 1, indem in diesen Stellen nur von „strömenden" und „fließenden" Wassern die Rede ist, wird heutzutage ziemlich allgemein von der Praxis und Gesetzgebung festgehalten. Vgl. Mittermaier Grunds. §. 222 a. und Schwab die Conflicte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benutzung der letzteren zum Maschinenbetriebe (Beilageheft zum 30. Bd. des Archivs für civil. Praxis) 1847. S. 41 flg. Pr. Landr. II, 15 §. 38. Bayr. Ges. v. 1852 §. 2 u. 39. — Börner im Archiv für civ. Pr. Bd. 39 S. 149 und 359 flg. verwirft die Unterscheidung zwischen schiffbaren und nicht schiffbaren Flüssen, indem er alle beständig fließenden Wasser als öffentliche ansieht. Es handelt sich aber in der That hierbei nur um einen Wortstreit. Wenn das römische Recht über die Benützung der stetig fließenden Gewässer Grundsätze aufstellt, welche

auch nicht schiffbare beständig fließende Wasser unter Umständen als öffentliche Sachen in diesem Sinne anzusehen und der ausschließlichen Einwirkung der anliegenden Grundbesitzer und Gemeinden entzogen sind, bestimmt sich nach den factischen und rechtlichen Verhältnissen des einzelnen Falls[2]). Jeder Einzelne hat an solchen Flüssen ein freies Benutzungsrecht[3]). Eine Eigenthümlichkeit derselben ist es aber, daß der Staat gewisse Arten des Gebrauchs von seiner besondern polizeilichen Concession abhängig macht, an besondere im öffentlichen Interesse gegebene Gesetze und Vorschriften über die Benutzungsweise bindet, und die Leistung bestimmter Abgaben fordert[4]). Dahin gehört 1) die Schifffahrt und Flöße-

---

in der Hauptsache auch jetzt noch gelten (§. 61), so steht es der Anwendung derselben in der heutigen Praxis nicht im Wege, daß sich die Terminologie heutzutage geändert hat. Jetzt pflegt man „öffentliche Flüsse" diejenigen perennirenden Ströme zu nennen, welche wegen ihrer Größe und Beschaffenheit geeignet sind, als Wasserstraßen zu dienen. Mit dieser Terminologie soll aber nicht ausgesprochen sein, daß nunmehr die rechtliche Verschiedenheit der (hiernach) nicht öffentlichen perennirenden Flüsse und der bloßen der Austrocknung unterworfenen Bäche — aufgehoben sei. Daß der heutige Sprachgebrauch aus den perennirenden Flüssen die großen, schiff- und floßbaren Ströme herausgreift und ihnen wegen der dem deutschen Rechte eigenthümlichen staatlichen Einwirkung und der hieraus für sie sich ergebenden besonderen Grundsätze vorzugsweise den Namen „öffentliche" giebt, scheint wohl gerechtfertigt zu sein. Die Eigenschaft eines Flusses als öffentliche Straße hat in Deutschland zu einer selbstständigen rechtlichen Behandlung geführt, welche in diesem Sprachgebrauche ihren Ausdruck findet.

2) Eichhorn Einl. 261, 1. Vgl. Bülow und Hagemann pract. Erört. Bd. 1 S. 51 flg.

3) Dahin gehört die Benutzung zum Baden, Waschen, Viehtränken u. s. w.

4) Es kann in diesem Rechte der Staatsgewalt um so weniger etwas Auffälliges gefunden werden, je größer die Gefahr der Aufsichtslosigkeit und je bedeutender der Aufwand des Staats zur Herstellung und Erhaltung der Flußanlagen ist. — Die neueren, im §. 61 angegebenen

rei mit verbundenem Holze, welche zwar Jedem auf öffentlichen Flüssen an sich frei steht, aber nur unter Beobachtung landespolizeilicher Vorschriften und Erlegung bestimmter Steuern und Zölle (Schiffsgebühr, Wasserzoll[5])) ausgeübt werden darf. Das Flößen unverbundenen Holzes (Scheiterholz-, Wildflößerei) ist auf öffentlichen Flüssen ohne polizeiliche Concession stets unzulässig, und erzeugt selbst mit dieser einen Entschädigungsanspruch der Benachtheiligten[6]). 2) Ebenso ist der Transport von Gütern und Personen über öffentliche Flüsse durch Fähren, sofern er gewerbmäßig getrieben wird, von einer obrigkeitlichen Concession und den darüber geltenden landespolizeilichen Bestimmungen abhängig[7]). 3) Auch das Recht, das Wasser der öffentlichen Flüsse zur Bewässerung anliegender Grundstücke durch besondere und dauernde Anstalten zu benutzen, kann nur durch obrigkeitliche Erlaubniß erlangt werden, welche jedoch die Entschädigungsansprüche der dadurch Benachtheiligten nicht aufhebt[8]).

Während alle diese Beschränkungen, welche aus den Ho-

Gesetze gehen nun freilich weiter, indem sie manche Arten der Wasserbenutzung, z. B. Ent- und Bewässerungsanlagen u. s. w., nicht bloß bei öffentlichen, sondern auch bei Privatflüssen der Mitwirkung der Staatsbehörde unterwerfen.

5) Die besonderen Bedingungen der Ausübung sind bloß polizeilicher Natur. Es ist sogar Aufnahme in die Schifferzunft erforderlich, wo eine solche besteht. Vgl. Schwab a. a. O. S. 138. Vgl. Wiener Congreßacte Art. 108—110. Elbschifffahrtsacte v. 23. Jun. 1821. Art. 1—4. Weserschifffahrtsacte von 1823. Art. 1—4. Rheinschifffahrtsordnung v. 31. März 1831, Art. 1. Neckarschifffahrtsordnung vom 1. Jul. 1842. Art. 1. 2 und Tit. IV Art. 42—45.

6) Schwab a. a. O. §. 80 flg. Es ist die irregulärste und am meisten hindernde Wasserbenutzung. Walter d. Pr.-R. §. 172 Note 15 nennt dieß ein Regal; für die frühere Auffassung ist dieß auch ganz richtig, aber jetzt kaum noch gemeinrechtlich festzuhalten.

7) Vgl. Bülow und Hagemann Erört. Bd. 6 Nr. 83 §. 2.

8) Vgl. Mittermaier Grundſ. Th. 1 S. 618.

heitsrechten des Staats hervorgehen[9]), und weder in einem fiscalischen Eigenthume noch in einem Regale ihren Grund haben, mit dem Charakter der öffentlichen Flüsse, als der ausschließenden Privatverfügung entzogener Sachen, in keinem Widerspruch stehen, ist dieß allerdings der Fall in Bezug auf die Benutzung öffentlicher Flüsse zum Mühlenbetriebe, welche in Folge historischer Thatsachen gemeinrechtlich als Regal anerkannt wird[10]). Die Mühlengerechtigkeit (§. 67) wird demnach durch ein (gewöhnlich gegen Erstattung des Mühlenzinses ertheiltes) Privilegium erworben, und gewährt das Recht, in der im Privilegium bestimmten Weise das Wasser zu benutzen und im Flusse selbst entsprechende Vorrichtungen anzulegen[11]). Davon verschieden ist die Einwirkung der Landespolizei, welche sowohl bei Anlegung der Mühle für den Schutz der Rechte Dritter zu sorgen hat[12]), als auch sonst den Mühlenbetrieb fortwährender Aufsicht unterwirft[13]).

---

9) Dieß hat am Klarsten nachgewiesen Schwab a. a. O. S. 118—147, während man früher entweder ein wirkliches Privateigenthum des Staats an Flüssen annahm, und die Concessionen an Privatleute folgeweise als Veräußerungen ansehen mußte, oder eine Regalität für Schifffahrt, Flößerei und Fähren behauptete und die Ausübung dieser Rechte durch Private von der Ertheilung einer regalen Gerechtigkeit abhängig machte. Es läßt sich aber für keine Zeit der Geschichte eine solche ausschließliche regale Berechtigung des Staats nachweisen, indem die scheinbaren Beweise dafür nur falsche Bezeichnungen des allgemeinen Hoheitsrechts sind. Ueber die Verschiedenheiten, welche sich aus der Annahme einer Regalität ergeben würden, vgl. §. 67.

10) Vgl. Schwab a. a. O. S. 98. Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte Bd. II §. 362 N. p. 1, ferner Hüllmann Geschichte der Regalien (1806) S. 38. Auch dieses Regal wird indessen jetzt vielfach bezweifelt.

11) Mühldämme oder Wehre und dergl.

12) Durch Beaufsichtigung bei Legung des Fachbaums und Bestimmung des Sicherheitspfahls.

13) Durch Ertheilung von Mühlenordnungen und Beaufsichtigung in einzelnen Fällen.

Der Inhaber der Mühlengerechtigkeit hat keine Entschädigung zu fordern, wenn ihm aus dem ordnungsmäßigen Betriebe der Schiff- und Floßfahrt Nachtheil erwächst. Wohl aber liegt dann ein Fall der Expropriation und mithin der Entschädigungspflicht vor, wenn der Staat die Anlagen der Wasserberechtigten durch Zubereitung des Flußbettes für die Schiff- und Floßfahrt verletzt; der Unterschied [14]), ob der Fluß seiner Natur nach schon schiff- und floßbar war, und nur zufällig bisher in dieser Eigenschaft noch nicht benützt, oder ob er gegen seine Natur künstlich in einen schiffbaren umgewandelt wurde, ist ohne rechtliches Interesse [15]).

Dritter Abschnitt.

Entstehung und Endigung der Rechte.

Einleitung.

§. 64.

Die Entstehung und Endigung der Rechte hat ihren Grund zunächst in Handlungen der betheiligten Subjecte, Rechtsge-

---

14) In den früheren Auflagen wurde mit Schwab a. a. O. S. 173 flg. (und gegen Hofacker das Floßregal insbes. in Württemberg 1844) die Ansicht aufgestellt, daß nur dann eine Entschädigung gefordert werden könne, wenn ein bisher zur Schiff- und Floßfahrt gar nicht geeigneter Fluß künstlich durch Veränderung seines Bettes umgestaltet werde. In der Zubereitung eines an sich schiffbaren, aber bisher nur thatsächlich nicht befahrenen Flusses zur Schifffahrt dagegen wurde nur ein unvermeidlicher, aus der Natur des Gegenstands selbst folgender factischer Nachtheil erkannt, den die Anlage-Interessenten zu tragen hätten. Diese Ansicht halte ich nach wiederholter Prüfung nicht für haltbar. Sie würde voraussetzen, daß jedem, der eine Mühle oder dergleichen angelegt hätte, bei der Zulassung seiner Anlage der ausdrückliche Vorbehalt gemacht worden sei, er müsse sich derartige Eingriffe gefallen lassen, oder daß ein solcher Vorbehalt aus der Natur des öffentlichen Flusses vermöge Rechtssatzes von selbst folge, — was nicht erweislich ist.

15) Eine Verpflichtung der an öffentliche Flüsse angränzenden Eigen-

schäften, bei denen die Erzeugung eines Rechts entweder die unmittelbar beabsichtigte Wirkung oder die unwillkürliche Folge ist (unerlaubte Handlungen). Ein Recht kann aber ferner auch durch unmittelbare Einwirkung der Staatsgewalt entstehen, durch Ertheilung einer lex specialis, eines Privilegiums. Endlich kommt auch dem Ablauf der Zeit der Charakter der Begründung von Rechten in einer eigenthümlichen Weise zu.

1) Durch Rechtsgeschäfte.

§. 65.

Zu den allgemeinen Erfordernissen juristischer Handlungen, welche das römische Recht ausspricht [1]), fügt das deutsche Recht oft noch das weitere bei, daß die Aeußerung des rechtlichen Willens in einer bestimmten, solennen Form geschehen sein müsse [2]); solche Formen sind Abfassung eines schriftlichen Aufsatzes [3]), die Zuziehung eines Notars [4]), die Theilnahme des Richters [5]), der Gebrauch des Stempelpapiers [6]).

---

thümer zum Uferbau läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen. Dagegen stellen neuere Wassergesetze eine solche Verpflichtung auf, jedoch in der Weise, daß alle dabei Interessirten beitragen müssen.

1) Vgl. Puchta Pandecten §. 49. Savigny System III.

2) Ueber diese solennen Formen wird unten in der Lehre von den Verträgen das Nähere ausgeführt werden.

3) Vgl. L. 17 C. de fide instrum. Notariatsordn. v. 1512. Einl. §. 11. S. unten §. 159.

4) Vgl. Notariatsordn. §. 3—7.

5) Vgl. W. H. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 2. Aufl. 1831. 32. Vgl. unten §. 161.

6) Leyser Med. ad Pand. spec. 262. Es entscheiden hier die Bestimmungen der Stempelordnungen der einzelnen Länder. — Ueber die Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts, daß es gewisse Arten von Rechtsgeschäften, z. B. die handelsrechtlichen Obligationen, in Classen zusammenfaßt, und gemeinschaftliche formelle Bedingungen ihrer Gültigkeit vorschreibt, vergleiche man unten §. 155, 2.

2) Durch Zeitablauf.

§. 66.

Die Beziehungen der Zeit zur Entstehung und Endigung der Rechte, und die Lehre von der Berechnung der Zeit werden im System des römischen Rechts[1]) entwickelt, und es ist in dieser Rücksicht hier nur zu erwähnen, daß die schon dem frühen Mittelalter eigenthümliche Fristbestimmung von Jahr und Tag[2]), d. h. einem Jahr, sechs Wochen und drei Tagen, noch immer in häufigem Gebrauch ist[3]).

Von ganz besonderer Wichtigkeit aber ist die im deutschen Rechte dem Zeitablaufe, oder der Dauer eines Zustands beigelegte Wirkung. Die Verjährung, welche darauf beruht, ist auch dem deutschen Rechte wenigstens in einer Form bekannt, und obschon das Institut der unvordenklichen Zeit in seiner jetzigen Ausbildung zunächst mit den darüber ertheilten Bestimmungen des römischen Rechts in Verbindung zu setzen ist[4]), so liegt doch unverkennbar in den germanischen Rechts-

---

1) Vgl. Savigny System IV S. 318 flg.

2) Ueber den Zusammenhang dieser Fristbestimmung mit den alten Gerichtstagen vgl. Albrecht Gewere S. 115 flg. und Richthofen friesisches Wörterb. S. 845. (Dagegen Trummer Vortr. über merkwürd. Erschein. in der Hamb. Rechtsgesch. Bd. 2 (1847) S. 321 Not. 2.) — Wiesand de orig. anni Saxon. ejusque usu hodierno. 1796.

3) Jedoch wird diese Frist heutzutage nicht überall so, wie im Text geschieht, ausgelegt, z. B. im Pr. Landr. Th. 1 Tit. 3 §. 49 (ein Jahr, dreißig Tage); Reyscher Würtemb. Pr.-R. Bd. 1 § 117. Vgl. aber Haubold Lehrbuch des sächs. Pr.-R. §. 185.

4) Mit Recht ist Pfeiffer in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 8 S. 1 flg. der Behauptung Buchka's (der unvordenkliche Besitz des gem. deutschen Civilrechts 1841), welcher auch Mittermaier Grundf. §. 163, Friedländer (die Lehre von der unvordenklichen Zeit II. Abth. 1843) und Beseler System Bd. 1 S. 259 beipflichten, entgegengetreten, daß sich das ganze Institut der unvordenklichen Zeit so, wie es heutzutage in Uebung ist, aus germanischen Rechtsquellen ableiten lasse. Abgesehen

quellen eine Hinneigung zu dem darin enthaltenen Principe. Darin ist auch unzweifelhaft das Motiv der Praxis zu suchen, welche der unvordenklichen Zeit, über die im römischen Recht gezogenen Gränzen hinaus, eine unmittelbare Wirksamkeit im Privatrechte zutheilt[5]).

3) Durch Privilegien (Gerechtigkeiten aus Regalien).

§. 67.

Das deutsche Recht kennt eine Classe von Rechten, welche nur durch Privilegien entstehen können[1]), indem das allge=

---

von den von diesen Schriftstellern angeführten theils zu allgemeinen, theils unter dem Einflusse fremder Rechte entstandenen Quellenstellen, wird man in deutschen Rechtsquellen keine andere Benutzung des Zeitablaufs auf Begründung und Endigung von Rechtsverhältnissen ausgebildet finden, als die Extinctivverjährung bei der Gewere von Jahr und Tag. Aber gewiß läßt sich behaupten, daß theils aus den angeführten, theils aus vielen andern Quellenzeugnissen eine unverkennbare, aber noch unbestimmte Hinneigung zur Berufung auf das seit zwei Generationen Hergebrachte sowohl des Rechts, als der Rechte hervortritt (s. Homeyer System des Lehnrechts S. 303—305), welche bereitwillig dem römischen Institute entgegenkam und eine Praxis herstellte, durch welche die Nothwendigkeit, mit Savigny (System IV S. 503) das Institut aus dem Privatrechte zu verbannen, beseitigt wird.

5) Vgl. Pfeiffer pract. Ausführ. Bd. II S. 3 flg., Bd. VII S. 175 flg.

1) Darin liegt der Grund der Stellung der Lehre von den Regalien in diese Rubrik. Es ist eine regelmäßige, aber irrige Uebung der Germanisten, die Regalien in das Sachenrecht zu stellen, da der Inhalt derselben gar keine nothwendige Beziehung zum Sachenrechte hat, z. B. die Gewerbsregale; und ebenso beruht es auf einem Verkennen der Sache, daß allgemein die Lehre von den Regalien und die einzelnen regalen Rechte zusammengestellt werden, denn ein Zusammenhang der letzteren besteht durchaus nicht vom Gesichtspuncte des Rechts aus, sondern nur von dem hierher nicht gehörigen der Finanzwissenschaft. Das Besondere der regalen Rechte liegt in etwas ganz Allgemeinem, nämlich in der Eigenthümlichkeit ihres Erwerbs; der

meine Recht, aus welchem die einzelne Berechtigung hervorgeht, fortdauernd bei der Staatsgewalt verbleibt. Dieß sind die Gerechtigkeiten, welche durch Verleihung von regalen Rechten begründet werden[2]).

Im Allgemeinen ist der Erwerb der Privatrechte von Voraussetzungen abhängig, deren Erfüllung eine durch die gewöhnliche Handlungsfähigkeit der Personen gegebene Möglichkeit ist. Es giebt aber einige Rechte, deren Erwerbung der freien Willkür der Personen entzogen ist, indem sie der Staat ausschließlich in Anspruch nimmt und die Befugniß zu ihrer Ausübung der öffentlichen Gewalt zutheilt. Nicht immer macht er jedoch selbst von dieser Befugniß Gebrauch, sondern häufig überläßt er die wirkliche Ausübung jener Rechte bloßen Privatpersonen, indem er sie durch besondere Privilegien im einzelnen Falle dazu befähigt[3]). Dieß sind die sogenannten Re-

---

Inhalt derselben dagegen ist an sich nicht anomal, sondern entweder eine Berechtigung zum Eigenthumserwerb, z. B. beim Berg-, Jagd- und Fischereiregal, oder die Befugniß zum Betrieb eines Gewerbes, z. B. beim Postregal, oder das Recht zur besondern Benutzung einer öffentlichen Sache. Die einzelnen regalen Rechte sind deshalb lediglich nach ihrem besondern Inhalte zu classificiren. Dieß wird wieder verkannt von Walter d. Pr.-R. §. 156, 1 und anderen Neueren. — Ueber den Begriff s. jetzt auch Zachariä in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 13 (1853) S. 319 flg. Böhlau de regalium notione et de salinarum jure regali comment. (Hal. 1855).

2) Es lassen sich einzelne Fälle nachweisen, in denen die später zu Regalien erhobenen Rechte vor dem Entstehen dieser Eigenschaft von Privaten erworben und auch gegen die Regierung fortwährend behauptet wurden. Diese werden nach den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilt.

3) Dieß ist sogar bei manchen Regalien die Regel; in diesem Falle ist dann das Regal eine gewöhnliche Finanzquelle wegen der Abgaben, welche bei Erlangung des Privilegiums zu leisten sind. — Uebrigens läßt sich nicht läugnen, daß die Form des Privatrechtsmonopols, worin der Charakter der Regalität besteht, einer vorübergegangenen Zeit angehört, in welcher eine noch unausgebildete Staatsgewalt die Regie-

galien; sie unterscheiden sich von den Hoheitsrechten durch ihren rein privatrechtlichen Charakter[4]), von dem sonstigen Vermögen des Fiscus[5]) dadurch, daß sie nicht als einzelne

rungs- und Finanzhoheit noch nicht frei entwickeln, sondern nur in den Formen des Privatrechts zur theilweisen Geltung bringen konnte; in nicht langer Frist werden die Regalien ganz aus dem Privatrechte verschwunden sein, indem der Staat seine Interessen weit angemessener in anderen Formen (z. B. durch die Concessionsgesetzgebung und durch Besteuerung) befriedigt. Nur einige wenige Regale, wie das Postregal (vielleicht auch das damit zusammenhängende Regal der telegraphischen Communication) werden vermöge besonderer innerer Gründe diesen Entwickelungsproceß überdauern.

4) Da man früher auch die Hoheitsrechte Regalien nannte, so unterschied man zwischen wesentlichen und unwesentlichen oder veräußerlichen Hoheitsrechten; diese Unterscheidung fällt weg, sobald man den richtigen Sprachgebrauch annimmt, nach welchem Hoheitsrechte und Regalien eine ganz verschiedene Bedeutung haben. Es ist der Mangel einer scharfen Trennung der Hoheitsrechte von den Regalien, besonders ein häufiges Hereinziehen der Landespolizeigewalt in den Kreis der letzteren noch heutzutage die Ursache einer Verwirrung dieser Lehre, und einer Vermehrung der Regalien durch irrthümliche Privatisirung rein publicistischer Rechte. Daher spricht man noch jetzt bisweilen von Landstraßen-, Brücken-, Schifffahrtsregalien und dergleichen mehr. Maurenbrecher Lehrb. §. 269 hat zwar den Begriff des Regals schärfer, als es früher geschehen, bestimmt, aber er verfällt aus Mangel an Consequenz im Einzelnen wieder in die Fehler seiner Vorgänger zurück. Dieß geschieht z. B. Th. 1 S. 646 in der Annahme eines Deichregals, welches in dem Rechte der Regierung bestehen soll, den Unterthanen die Anlage von Deichen aufzulegen. — Die privatrechtliche Natur der Regalien kann deshalb (wie von Zachariä a. a. O. S. 321 geschieht) nicht bezweifelt werden, weil ihr Grund und ihr Subject staatsrechtlicher Art ist.

5) z. B. dem Eigenthum an Domänen, Forsten. Eine Verwechslung dieser Begriffe hat dann nicht selten zu einem Domänen- oder Forstregal (in diesem Sinne) geführt, worüber jedoch sehr verschiedene Auffassungsweisen vorkommen. — Das in Domänen, Forsten, Gebäuden u. s. w. bestehende, und dem gewöhnlichen Privatverkehr angehörende Vermögen des Fiscus unterscheide man übrigens sowohl von dem zum publicus usus bestimmten Staatseigenthum, z. B. Staatsstraßen und Festungswerke (diese sind ein dem Verkehr entzogenes Eigenthum des Staats), als auch von den der Oeffentlichkeit preisgegebenen Theilen des

realisirte Berechtigungen, sondern als die ausschließliche **Möglichkeit** der Verwirklichung einer bestimmten Classe von Rechten erscheinen, und daß sie dem Staate nicht als **zufälligem** Subjecte gehören, sondern dem Staate als solchem.

Die Gegenstände der Regalien sind ganz verschiedene und in keiner Weise zusammenhängende Rechte, indem diese bestimmte Natur derselben auf historischen Zufälligkeiten beruht[6]). Finanzielle und politische Interessen, welche in ganz Deutschland gleichmäßig wirksam waren, die irrige Begründung der Regalien durch Fiction eines ehemaligen Privateigenthums des Landesherrn am ganzen Staatsboden[7]), und die privatrechtliche Auffassung von Ausflüssen wirklicher Hoheitsrechte sind jedoch die Veranlassung geworden, daß mehrere jener Regalien die Natur gemeinrechtlicher Institute erhalten haben. Dahin gehören 1) das Mühlen- und Fischregal an öffentlichen Flüssen, 2) das (jetzt freilich größtentheils verschwundene) Jagdregal, 3) das Berg- und Salzregal, 4) das Postregal[8]). Die Be-

---

Staatsgebiets (z. B. öffentliche Flüsse), welche gar keinem Eigenthums-, sondern nur einem staatlichen Hoheitsrechte unterworfen sind.

6) Ueber die Geschichte der Regalien im Allgemeinen siehe Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 362 und 548. Besonders wichtig ist in dieser Geschichte die für das lombardische Reich gegebene, aber ungehörig oft auf Deutschland angewandte und regelmäßig mißverstandene Constitution Kaiser Friedrichs I. vom J. 1158 gewesen, in welcher man eine Aufzählung der gemeinrechtlichen Regalien zu finden glaubte. Den Text dieser Constitution s. bei Radevicus de gestis Frid. I. imp. L. 2 Cap. 5, und in II feudor. 56. Vgl. Pertz Monum. Leg. Tom. II p. 110, und Eichhorn Rechtsgesch. Th. 2 S. 659 flg. Auch der Goldnen Bulle cap. 9 gebührt hier eine Rolle.

7) Vgl. Biener de natura et indole dominii in territor. Germaniae (1731) L. 1 §. 10 sq. Dagegen Posse das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden 1794, wogegen wieder Biener in den Commentarii de orig. et progr. legum German. Pars II Vol. II (1795) p. 211 die alte Ansicht vertheidigt.

8) Die Annahme einer größeren Zahl von gemeinrechtlichen Regalien

gründung fernerer Regalien kann nicht durch eine Vermuthung, wohl aber durch den Nachweis ihrer Ausübung seit unvordenklicher Zeit (Herkommen) und durch eine gesetzliche Rechtsvorschrift erbracht werden.

Private können durch Erlangung eines Privilegiums [9]) die Befugniß zur Ausübung eines regalen Rechtes, eine Gerechtigkeit, erwerben. Dadurch wird jedoch keineswegs die Regalität selbst übertragen, denn das Privilegium ist nur ein einzelner Gebrauch von der dem Staate ausschließlich zukommenden Fähigkeit zur Ausübung regaler Rechte durch die Person eines Privaten. Die Gerechtigkeit wird aber dem Privaten erworben; daher steht dem Staate in Ermangelung besonderen Vorbehalts [10]) nur diejenige Einwirkung darauf zu, zu welcher die Staatshoheitsrechte ermächtigen [11]). Der Umfang des verliehenen Rechts ist aus den Worten der Concessionsurkunde, und, wo diese einem Zweifel Raum geben, nach den gewöhnlichen Grundsätzen der juristischen Interpretation zu bestimmen [12]). Die erlangte Gerechtigkeit ist ein wirkliches

---

(vgl. Maurenbrecher §. 274) beruht entweder auf einem falschen Begriff von Regalien, oder auf der Ausdehnung particulärer Regale.

9) Es ist gleichgültig, in welcher Form dieses Privileg ertheilt wird, ob schenkweise oder gegen eine Abgabe, ob in der Form der Lehnsverleihung, der Concession, oder Verpachtung.

10) Insbesondere kann ohne einen solchen ein Mitausübungsrecht der Regierung da nicht angenommen werden, wo es sich um ein von Natur ausschließliches Recht handelt. S. Eichhorn Einl. §. 266. I.

11) In dieser Hinsicht steht dem Staate das Recht zu, theils auf dem Wege der Gesetzgebung durch Jagd-, Fisch-, Mühlen-, Bergordnungen u. s. w. die Ausübung der Gerechtigkeit zu regeln, theils sie auch sonst zu überwachen.

12) Gewöhnlich stellt man die Ansicht auf, daß im Zweifel für die Verleihung des geringeren Rechts zu präsumiren sei. So z. B. Eichhorn a. a. O. Der dafür angeführte Grund, daß Veräußerungen nicht zu vermuthen seien, kann hier nicht maßgebend sein, da es sich nicht um die Interpretation von Rechtsgeschäften (bei deren Auslegung ohnedieß

Privatrecht, welches mit den gewöhnlichen petitorischen und possessorischen Rechtsmitteln selbst dem Staate gegenüber geschützt und vom Inhaber frei veräußert werden kann. Ueber die Frage, aus welchen Gründen, insbesondere ob wegen Mißbrauchs die Gerechtigkeiten verloren werden, entscheidet die Theorie der Privilegien [13]).

Vierter Abschnitt.

Schutz der Rechte.

§. 68.

Die Lehre von den gerichtlichen Schutzmitteln der Rechte, insbesondere den Klagen und Einreden, hat zwar im heutigen Rechte eine Gestalt empfangen, welche von der durch das reine römische Recht gegebenen vielfach verschieden ist; aber doch kann sie nur im Zusammenhange des letzteren, in welchem ihre Wurzel ruht, systematisch behandelt werden [1]). Obschon dagegen das deutsche Recht, nach Maßgabe des Charakters der öffentlichen Verhältnisse im Mittelalter, die außergerichtlichen Schutzmittel der Rechte in viel ausgedehnterem Maße kannte [2]), als das fremde Recht, so ist von allen dahin gehörigen Instituten heutzutage doch nur das Pfändungsrecht geblieben [3]), und es

---

die Anwendung dieses Grundsatzes problematisch wäre), sondern um die Auslegung eines Acts der gesetzgebenden Gewalt, eines wahren Privilegiums handelt.

13) Wächter Württemb. Privatr. §. 122. Unger österreich. Privatrecht Bd. 1 §. 65 und Bd. 2 §. 107.

1) Vgl. darüber v. Savigny System Bd. V und Wächter Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würtemb. Privatrechte. II. Heft 1846, und Handbuch des Württ. Pr.-R. Bd. II S. 402 flg.

2) Vgl. Wächter Beiträge zur deutschen Geschichte, insbes. zur Gesch. des deutschen Strafrechts. 1845. S. 39 flg.

3) Denn die heutzutage über Selbsthülfe, Retentionsrecht u. s. w. geltenden Grundsätze können allein mit den Bestimmungen des röm. Rechts in Verbindung gebracht werden.

hat nur dieses eine durch rein deutschrechtliche Motive bewirkte Ausbildung erfahren, welche seine Behandlung an dieser Stelle rechtfertigt.

Das Pfändungsrecht[1]).

§. 69.

Die Befugniß, sich durch außergerichtliche Besitzergreifung von Sachen des Schuldners zu befriedigen, wurde im späteren Mittelalter[2]) als ein die richterliche Gewalt ergänzendes Recht trotz früherer Verbote wieder in weitem Umfange anerkannt[3]). In solcher Ausdehnung konnte sich jedoch dieß Pfändungsrecht bei der Erstarkung der Staatsgewalt im Widerspruche mit der öffentlichen Rechtsordnung nicht erhalten; obschon man es allmählich auf „kundliche, redliche und unlo-

---

1) Vgl. die Abhandlung Wilda's in der Zeitschr. für deutsch. R. B. 1 S. 167 flg. (1839). Nachträge hierzu finden sich bei Trummer Vorträge über merkwürdige Erscheinungen in der Hamburgischen Rechtsgesch. 2. Bd. (1847) S. 80 flg. — Unter den älteren Schriften ist besonders zu erwähnen: Stryck de jure pignorandi 1677 und C. F. Hommel de pignoratione et custodia animalium pauperiem facientium 1774.

2) Vgl. Leg. Rotharis c. 249. 250. L. Luitpr. 15. Es kann nicht auffallen, daß manche Volksrechte, z. B. L. Bajuvar. Tit. 12 c. 1 §. 1 u. L. Burgund. Tit. 19, und Königsgesetze, z. B. Karls d. Gr. Capit. de part. Saxon. a. 785 c. 22, dem außergerichtlichen Pfändungsrechte um Schuld bisweilen entgegentreten; es sind dieß die Spuren einer zu frühen und deshalb wieder verschwindenden Anbahnung öffentlicher Ordnung. Ebenso fruchtlos mochten die Wiederholungen dieses Verbots in dem späteren Landfrieden, z. B. v. Friedrich II. v. J. 1235 (Pertz IV p. 315), v. Rudolph I. v. 1281 c. 47 und 1287 c. 34 (Pertz IV p. 430 und 451) und im Kl. Kaiserrecht I, 33, 35. II, 20 sein, da die Zeit solcher Bestimmungen noch nicht gekommen war.

3) So schon in dem angef. Landfr. Rudolphs I. v. 1281 c. 59. Dann in dem Landfrieden Albrechts v. 1301. Besonders aber geschah dieß in dem Landfrieden Kaiser Wenzels v. 1389 §. 24, v. 1398 §. 6. Reichsabschied v. 1442 §. 2—5.

genbare Schulden" oder auf Fälle beschränkte, in denen sich der Schuldner der Pfändung freiwillig unterworfen hatte[4]), auch die vorherige Androhung der Pfändung geboten war, so wurde es doch in immer engere Gränzen seit der Herstellung des Landfriedens[5]) eingefügt, bis sich zuletzt die Wirkung der alten Pfandclausel[6]) zu der eines summarischen Verfahrens abschwächte. Nur in einer Anwendung hat das Pfändungsrecht selbst heutzutage noch eine particularrechtliche[7]) Aner-

---

4) Vgl. die in der vorherg. Note angef. Stellen.

5) Landfr. v. 1495 §. 9: „Es soll wider diesen Frieden nyemandt mit Verschreibungen, Pflichten, oder in eynich ander Wege verpunden seyn, — doch sol dasselbig in andern Stücken, Punkten und Artikeln derselben Verschreibung — unverletzlich und unschedlich seyn, und sol dieser Landsfrieden an seiner aufrichtigen Schuldverschreibung nichts nemen und geben." Es ist nicht wohl begreiflich, wie man diesen Artikel anders erklären kann, als daß der erste Theil die Pfändungsclausel unwirksam macht (denn die Pfändung wurde ehedem als Friedensbruch behandelt, vgl. Landfr. v. 1281 §. 47: Swer den andern pfendet an Fronbote, der ist Fridbrech), der andere Theil aber überflüssigerweise hinzufügt, daß dadurch die Rechtsbeständigkeit des übrigen Theils der Beschreibung nicht berührt werde. S. Wilda a. a. O. S. 206.

6) d. h. die Erlaubniß, daß sich der Gläubiger „mit oder ohne Recht" bezahlt mache. Vgl. Reichs-Deput.-Absch. v. 1600. §. 32 (mandat. sine claus.). Ueber das Verhältniß zum Executivproceß siehe Planck in Schneiders kritischen Jahrb. 1845. S. 418 flg., der Briegleb (über executorische Urkunden und Executivproceß. 2 Bde. 2. Aufl. 1845) in dieser Hinsicht ergänzt. — Ueber die heutige Wirkungslosigkeit der Pfandclausel in Betreff des Pfändungsrechts siehe Struben rechtl. Bed. 2. Bd. N. 32.

7) z. B. gilt es nicht mehr in Sachsen. S. Haubold Sächs. Privatrecht. §. 474. 477. Sachse Großherzogl. Sächs. Pr.-R. §. 632. — Schon früh wird dieß Pfändungsrecht ausdrücklich bestätigt, z. B. in Rudolphs I. Landfr. v. 1281. §. 59, im Sachsensp. I Art. 54 §. 4. III Art. 20 §. 2. Schwabensp. (W.) Art. 70. Goslar. Statuten (Göschen) S. 22 Z. 1. Augsb. Statuten v. 1276. Art. 383 (Walch Beitr. S. 382 4. Bd.). Rechtsb. nach Distinct. III, 14, 7 und II, 4, 1. Freiberger Stadtrecht (Schott Sammlung 3. Th. S. 157) Tit.

kennung bewahrt, nämlich in der auf Zinsschulden, was sich theils aus den besonderen Verhältnissen des Zinsherrn zum Zinsmann[8]), theils aus dem eigenthümlichen Charakter der Zinsschuld erklärt[9]).

Nur zum Theil steht mit diesem Pfändungsrechte das andere ebenso alte in Verbindung, nach welchem bei der Beschädigung von Grundstücken oder Beeinträchtigung von Rechten daran durch Thiere[10]) und Menschen[11]) zur Sicherung der daraus entsprungenen Forderung die Wegnahme der Thiere und beweglicher der beeinträchtigenden Person angehöriger Gegenstände gestattet wird; denn obschon auch dieses Recht auf der Grundlage des allgemeinen Pfändungsrechts beruht, so lag doch noch ein ferneres die Dauer des Instituts wesentlich unterstützendes Motiv in der Betrachtung, daß die bei Feldstreitigkeiten erfahrungsmäßig nicht ganz zu unterdrückende Eigenmacht durch Anerkennung als ein in gewissen Gränzen zustehendes Recht am leichtesten unschädlich gemacht werde[12]). Erst die neuere civilistische Jurisprudenz hat dem deutschen

---

1 N. 20 u. 29. Wilda a. a. O. S. 209 flg. Oft wird es noch in den Landrechten und Reformationen des sechszehnten Jahrhunderts wiederholt.

8) d. h. das Verhältniß der Gutsherrn zum Hintersassen, mit dem die übrigen Zinsverhältnisse (d. h. Miethe und Rentenkauf) wohl manche Aehnlichkeit haben mochten.

9) Es bestand ein ganz besonderes Interesse, daß die Zinszahlung pünctlich geschah, weil sie ein Aequivalent des Capitals oder Grundstücks sein sollte. Daher auch die Strenge des ältern Rechts (Rutscherzins).

10) Vgl. Leg. Rothar. c. 354. L. Wisigoth. VIII, 3, 13. (Dagegen die L. Burgund. 49 c. 3.) Sachsensp. II, 47 §. 1—3, Schwabensp. (Wackern.) 310.

11) Sspgl. II, 27 §. 4; 28 §. 2; III, 20 §. 2. Schwabensp. (W.) 231.

12) Darüber sehr gut Wilda S. 229. Sowohl dieser Pfändung, als der wegen geschuldeter Zinsen stellt Albrecht den Rechtsgrund unter, daß sie nur eine Anwendung des Grundsatzes sei, daß in der Gewere

Pfändungsrechte den ihm ursprünglich fremden Charakter einer Besitzvertheidigung beigelegt[13]). — Von dem Pfändungsrechte wegen Beschädigung in seiner heutigen Gestalt ist nun in Folgendem zu handeln.

§. 70.

Die Befugniß zur Pfändung (Schüttung) findet heutzutage Statt[1]), wenn durch Personen oder fremdes Vieh ein Schaden an ertragsfähigen Grundstücken angerichtet worden ist[2]), oder wenn eine Person solche Handlungen vorgenommen hat, welche zwar an sich keinen materiellen Schaden zufügen, aber eine für die an dem Grundstücke bestehenden Rechte[3]) präjudicirende Besitzstörung enthalten; vorausgesetzt wird jedoch stets, daß die fraglichen Handlungen wirklich

---

an der Immobilie auch alle fahrende Habe, welche auf oder in ihr sich befindet, begriffen sei. Vgl. Albrecht Gewere S. 21 und S. 75 N. 152 c. Siehe dagegen Wilda S. 217 und Gerber in Schneider's Jahrb. 1846. S. 787 flg.

13) Carpzov jurispr. romano-saxon. II, 27 def. 3. Chursächs. Const. v. 1572. P. II. Const. 7. Mevius decis. I, 33. Leyser spec. 595 med. 1—4. Kreitmayr Anmerk. üb. d. Cod. Maxim. Th. 2 C. 6 §. 24 N. 2. Vgl. Wilda S. 248. Die Pfändung wurde als eine Art Nothwehr betrachtet, mit der man namentlich die Verjährung unterbreche. Vgl. auch Bornemann's systemat. Darstellung des Pr. Civilrechts (2. Ausg.) II S. 104 Not. 1.

1) Oesterr. Gesetzb. Art. 1321 flg. Preuß. Landr. Th. I Tit. 14 §. 413—465. Cod. Bav. Civil. P. II Cap. 6 §. 24. — S. Wilda a. a. O. S. 259 flg.

2) Jedoch muß ein wirklicher Schaden entstanden sein; daher findet sie z. B. nicht Statt, wenn das Fressen, Gehen, Fahren u. s. w. auf einem unbestellten Acker geschah. Vgl. Sachsens. III, 47 §. 5. (Rechtsb. nach Distinkt. II, 10 dist. 10), vgl. mit Sachsensp. II, 27.

3) Eine Ausdehnung des Pfändungsrechts auf andere als die mit dem Grund und Boden verbundenen Rechte läßt sich nicht rechtfertigen. Das den Zünften bisweilen zugestandene Pfändungsrecht hat wohl einen ganz anderen Charakter und historischen Zusammenhang; es ist mehr die Execution einer Art Strafgewalt.

unrechtmäßige waren[4]). Berechtigt zur Pfändung ist jeder Interessent am Grundstücke, der entweder durch die Gepfändeten einen Schaden leidet, oder durch die störenden Handlungen derselben in seinem Rechte bedroht wird[5]); die Pfändung kann aber ausgeübt werden sowohl durch den Interessenten selbst, als auch durch die in seinem Dienste stehenden Leute und die im Allgemeinen zur Flurhütung bestimmten Personen[6]). Soll aber die Pfändung eine rechtmäßige sein, so muß sie auf frischer That und innerhalb der Gränzen des dem Beschädigten oder Bedrohten gehörigen Grundstücks[7]),

---

4) Daher kann das Pfändungsrecht nicht ausgeübt werden, wenn der fragliche Schaden durch die Enge oder Unfahrbarkeit des Fahr-, resp. Triftwegs veranlaßt wurde (vgl. Sachse Sächs. Privatr. §. 252 N. 8); wenn eine Verpflichtung des Beschädigten nachgewiesen werden kann, sein Grundstück durch Vorsichtsmaßregeln zu schützen, was freilich gemeinrechtlich nicht der Fall ist (Wilda. a. a. O. S. 272 flg.); wenn Posten oder Couriere den Schaden hervorbrachten. Particularrechtlich muß zu diesen Fällen der Unanwendbarkeit des Pfändungsrechts noch der andere gerechnet werden: wenn Jemandes Grundstück außerhalb der geschlossenen Zeiten beschädigt wurde (vgl. Sachsensp. II, 48 §. 2, Rechtsb. n. Distinct. II, 10, 3. Sachse a. a. O.); schwerlich aber läßt sich noch heute die Befreiung der „wegfertigen" Leute von der Pfändung behaupten, wenn sie für sich oder ihr Pferd Getraide oder Früchte nehmen (Sachsensp. II, 68. Grimm R.-A. S. 400). Anderer Meinung scheint Wilda S. 280.

5) Mithin nicht bloß der Eigenthümer, sondern auch der Vasall, Pächter, Nießbräucher, Servitutberechtigte. Wilda S. 264.

6) Vgl. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 15 a. E. Gegen die Ausdehnung dieser Pfändung im Namen Dritter nach den Grundsätzen der negot. gestio (vgl. Stryck a. a. O. C. 2 §. 61 u. 62) mit Recht Wilda S. 268.

7) Vgl. Sachsensp. II, 28. II, 40 (— werdet des mannes perde bestedeget in der handhaften dat). Leyser spec. 111 med. 7 u. spec. 595 §. 8. Wilda S. 281 flg. (wo auch die früheren Gegner angef. sind). Nur den Flurschützen, als Pfändenden, steht die Verfolgung in der Feldflur zu, welche das Pr. Landr. a. a. O. §. 420 Jedem ewähr t.

ohne unnöthige Gewaltthätigkeit[8]) und Härte[9]), und nur mit Entziehung so vieler Pfandobjecte geschehen, als zur Sicherung der muthmaßlichen Entschädigungssumme und Kosten erforderlich sind[10]). Der Pfändende hat die Verpflichtung, dem Eigenthümer[11]) der gepfändeten Gegenstände sofort Anzeige von der geschehenen Pfändung zu machen, dem es dann obliegt, die gepfändeten Thiere gegen andere genügende Sicherheitsobjecte auszulösen. Inzwischen haftet der Pfändende für custodia und hat, wenn nicht particularrechtlich eine Verbindlichkeit zur Ablieferung gepfändeter Thiere in die öffentlichen Pfandställe besteht, für deren Fütterung und Erhaltung zu sorgen[12]).

§. 71.

Die Wirkung einer rechtmäßig geschehenen Pfändung ist

---

8) Wo aber der Exceß beginnt, ist eine durch das Ermessen des Richters nach dem einzelnen Falle zu beurtheilende Frage. (Ueber das Tödten der Thiere vgl. Wilda Not. 187.) Hierbei ist namentlich die Größe des Widerstandes des Gepfändeten in Anschlag zu bringen; besonders verboten und strafbar aber ist die s. g. Pfandkehrung, d. h. die Wiederentreißung der gepfändeten Sache, und die Gegenpfändung, d. h. die Pfändung des Pfändenden. — Jede unrechtmäßige Pfändung begründet die Spolienklage.

9) Zunächst müssen die entbehrlicheren Gegenstände gepfändet werden.

10) Wilda S. 288.

11) Eichhorn Einl. §. 123 u. A. (auch Wilda neigt S. 301 für einige Fälle dahin) fordert auch gerichtliche Anzeige der Pfändung. Dafür läßt sich kein zwingender Grund anführen (auch die von Wilda angegebenen reichen nicht aus). Particularrechtlich ist dieß aber allerdings vorgeschrieben, z. B. Blankenb. Stat. (Walch 5, 110 Nr. 6), Sächs. Const. II, 7, Pr. Landr. a. a. O. §. 431. Schon der Schwabensp. Art. 225 (Lahr) §. 2 schreibt die gerichtliche Ablieferung vor. Auch die Henneb. Landesordn. Bd. II T. 8 Cap. 11 §. 3.

12) Anders bisweilen früher. Vgl. Grimm. R.-Alt. S. 618. — Der Nutzen der gepfändeten Thiere kann vom Pfänder gezogen und abgerechnet werden.

Erhaltung des Besitzes oder Quasibesitzes[1]), wenn die Pfändung wegen einer präjudiciellen Anmaßung vorgenommen wurde. Geschah sie wegen einer Beschädigung, so gewährt sie einen zwiefachen Vortheil; zunächst begründet sie eine Vermuthung für die wirkliche Schadenszufügung[2]) (nicht aber für die Größe des Schadens); dann ertheilt sie eine Sicherstellung der Ansprüche des Pfändenden, indem dieser das gepfändete Object auf erfolgte Verurtheilung und Zahlungsverweigerung des Eigenthümers oder, wenn dieser unbekannt war, auf erfolglose öffentliche Bekanntmachung, nach den über den Verkauf von Pfandgegenständen geltenden Grundsätzen zu distrahiren befugt ist[3]). Der Erlös dient nicht allein zur Tilgung der Schadensersatzforderung, sondern auch zum Ersatz aller dabei aufgelaufenen Kosten und Nebenansprüche. Zu diesen gehört auch das noch jetzt particularrechtlich vorkommende s. g. Pfandgeld, welches bald als Entschädigung wegen Nichtauslösung des essenden Pfandes, bald als Ver-

---

1) Also auch Unterbrechung einer begonnenen Verjährung. Obschon dieser Gebrauch der Pfändung jetzt gemeinrechtlich und von allen Schriftstellern zugestanden wird, so läßt sich doch nicht läugnen, daß manche Zweckmäßigkeitsgründe dagegen sprechen, sowie er auch der Geschichte zuwider ist.

2) Eichhorn a. a. O. behauptet in Uebereinstimmung mit dem bayr. Landrechte, daß durch die Pfändung die Zufügung des Schadens bewiesen werde; dieß ist wohl nur ein anderer Ausdruck für das im Text Ausgesprochene, und bedurfte bei der gleichen processualischen Wirksamkeit, welche in beiden Behauptungen ausgesprochen ist, nicht der Polemik Wilda's S. 311.

3) Es entsteht also keineswegs ein wirkliches Pfandrecht an der gepfändeten Sache (wie sich Zeiller Commentar zum österr. Gesetzb. Bd. 3 S. 755 irrig ausdrückt) mit dinglicher Klage, sondern nur ein Distractionsrecht. Vgl. Kreitmayr Anm. zum Cod. Max. Bav. Bd. 2 S. 655, 6. Ueber die Taxationen und das weitere Verfahren, sowie über den etwaigen besonderen Gerichtsstand giebt es keine gemeinrechtlichen Grundsätze.

geltung der zur Pfändung aufgewandten Mühe, bald als Zeichen des fortgesetzten Besitzes aufgefaßt wird[4]), und aus einem Mißverständniß der mittelalterlichen Buße wegen Rechtsverletzung entstanden ist[5]).

---

4) Die verschiedenen Ansichten siehe bei Wilda S. 303 flg. Es gilt heutzutage nur noch im nördlichen Deutschland, besonders in den Gegenden des sächsischen Rechts. Oft wird die Pfändung bloß dieses Pfandgelds wegen vorgenommen. Vgl. Pr. Landr. a. a. O. §. 444 und 445

5) Vgl. Sachsensp. II, 37. Grimm R.=A. S. 553.

Zweiter Theil.

Die einzelnen Privatrechte.

Erstes Buch.

Die Rechte an Sachen.

Erstes Capitel.

Allgemeines.

Charakter der Rechte an Sachen nach deutschem Rechte.

§. 72.

Die unmittelbare Unterwerfung einer Sache unter die Herrschaft einer Person ist das hervortretende Merkmal der s. g. dinglichen Rechte. Dieß Verhältniß findet sich ebensowohl im deutschen als im römischen Rechte; da aber in ihm nur die allgemeinste Begränzung des Begriffes liegt, so fragt sich, ob auch der weitere Inhalt desselben in beiden Rechten auf übereinstimmende Weise gestaltet worden sei.

Im mittelalterlichen Rechtsleben Deutschlands waren alle Formen des dinglichen Rechtsprincips in factischer Uebung, und zwar sowohl das volle Eigenthum, als auch die Arten der partiellen Unterwerfung fremder Sachen unter die Herrschaft einer Person. Freilich blieb jene Uebung ohne theoretische Erkenntniß der inneren Natur dieser Rechtsinstitute; ihre Anwendung geschah nicht mit dem vollen Bewußtsein ihres juristischen Wesens, und man begnügte sich mehr damit, das factische Resultat des Parteiwillens zu rechtlicher Anerken-

nung gebracht zu haben. Daher erscheinen jene Rechte in den Urkunden des Mittelalters weniger als selbstständige Institute mit bestimmtem Inhalte und feststehenden Principien, welche trotz der unendlichen Mannigfaltigkeit der ihnen möglicher Weise zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse unverändert dieselben bleiben; vielmehr werden oft die letzteren, weil sie der sinnlichen Auffassung das Nächste sind, auch als das Wesentliche, das Juristische dagegen als etwas mehr Formelles, das erst durch jene seinen Inhalt empfängt, betrachtet. So konnte es scheinen, als wenn die Bestimmung jener Rechte der Zufälligkeit der factischen Verkettung des Verkehrs preisgegeben sei; sie traten weniger als abgeklärte unabänderliche Rechtsbegriffe, sondern mehr nur als die immer in ähnlicher Weise wiederkehrenden rechtlich gesicherten Thatsachen hervor; das Juristische erschien als eine äußere Form, die sich den verschiedensten Zuständen anschließt, um ihnen die rechtliche Beglaubigung zu gewähren. Darin liegt aber zugleich der Grund, daß die rechtliche Substanz, als der bloße Stempel der Anerkennung eines factischen Verhältnisses, keine innere Gliederung von der Art bedurfte, wie sie das Princip der dinglichen Rechte in der Construction einer Reihe einzelner Rechtsinstitute bei der ganz verschiedenen römischrechtlichen Auffassung gefunden hat; denn der materielle Charakter der Rechte erschien in Deutschland schon genügend durch das individuelle Lebensverhältniß bestimmt, zu welchem das rechtliche Element äußerlich hinzutrat[1]).

---

1) Für die Existenz dieser Anschauungsweise kann kein Beweis der Art erwartet werden, wie man ihn sonst für rechtshistorische Thatsachen fordert. Denn es handelt sich hier nicht um bestimmte Rechtssätze oder Rechtsinstitute, sondern um eine Eigenthümlichkeit ganz allgemeiner Art, welche vorzüglich aus dem Gesammteindrucke der Rechtsquellen erkannt wird; es ist die Eigenthümlichkeit des ganzen Mittelalters, dem die

Diese in den mittelalterlichen Rechtsquellen häufig hervortretende Anschauung spricht sich in verschiedener Weise [2]), insbesondere auch in dem Gebrauche des Wortes Gewere (Besitz, Besitzrecht) aus, dessen Bedeutung in dieser Anwendung der rechtliche

---

Neigung abgeht, das Wesen der Dinge zu erfassen, sofern dieß eine über die unmittelbare sinnliche Anschauung hinaus gehende Betrachtung voraussetzt, und dessen Abstraction, wo sie wirklich stattfindet, von der realen Welt völlig getrennt ist. Man kann übrigens für das im Text Gesagte leicht eine Reihe von Belegen aus den Rechtsbüchern zusammenbringen, z. B. die Stellen, in welchen blos das Thatsächliche eines Rechtsverhältnisses, selbst ohne einen auch nur äußeren Zusatz des juristischen Elements, angegeben wird (varende have für Recht an Mobilien, Sspl. I, 15 §. 1 morgengabe für Morgengabsrecht, Sspl. I, 20 §. 6 u. 9, len und eigen für Lehnrecht und Eigenthum, sin geld für seine Forderung, s. Homeyer System des Lehnr. S. 277 flg. und 424); dann die Stellen, in welchen zu dem Thatsächlichen das Juristische äußerlich hinzugefügt wird (z. B. die bei Kraut Grundr. §. 99 Note 33 abgedr. Urkunde v. 1296: „Hat dieselben guter in unsere Hande und das Recht der Eigenschaft derselben Guter uns ufgegeben mit eim Halme"). — Merkwürdig ist der Umstand, daß im älteren römischen Rechte eine ganz ähnliche Erscheinung vorkommt, nämlich der Gebrauch des Wortes auctoritas und auctor (das Letztere entsprechend dem Gewеren im altdeutschen Vindicationsprocesse); s. Puchta civil. Abhandl. 1823 S. 37 flg. und Cursus der Instit. Bd. 2 S. 60 flg. — Gegen das im Texte Ausgesprochene sind von vielen Seiten Einwendungen erhoben worden. Die meisten derselben beruhen darauf, daß meine Ausführungen so aufgefaßt wurden, als wollte ich damit eine durchgehende und ausnahmslose Charakteristik des mittelalterlichen Rechtes geben. Dieß war aber nie meine Absicht; ich wollte immer damit nur eine einzelne Eigenthümlichkeit des damaligen juristischen Denkens beschreiben. Dagegen habe ich begreiflicher Weise weder jemals damit läugnen wollen, daß das deutsche Recht wirkliche Rechtssätze habe, noch, daß daneben auch schon Anfänge einer theoretischen Erkenntniß der Institute des Sachenrechts vorkommen. Was endlich die Gewere betrifft, so habe ich in der obigen Verbindung nicht den ganzen Inhalt jenes Begriffs, sondern nur eine Art seiner Verwendung darlegen wollen.

2) Denn es giebt auch noch andere Formen, in denen jene Eigenthümlichkeit hervortritt. S. d. vor. N.

Schutz in dem Verhältniß einer Person zu einer Sache ist[3]). Der Gebrauch dieses Wortes in dem angegebenen Sinne enthält nicht eine Charakteristik des mittelalterlichen Sachenrechts selbst, sondern ist vielmehr nur dessen unvollkommene Formulirung[4]).

---

3) Die nächste und bei weitem häufigste Bedeutung des Wortes „Gewere" ist: Besitz, factisches Innehaben, dann auch Haus und Hof. — Der Begriff des Besitzes als eines an sich zu schützenden Factums fehlt dem mittelalterlichen Rechte in Deutschland; vgl. Homeyer System des Lehnrechts S. 406 und Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848) S. 283 flg. Es versteht sich von selbst, daß es dem factischen Innehaben seine Bedeutung beilegt, z. B. das in den Landfrieden und Rechtsbüchern so oft wiederholte Verbot der außergerichtlichen Dejection; damit ist aber natürlich der Besitz noch nicht zu einem Rechte mit selbstständigen, von den petitorischen unterscheidbaren Schutzmitteln erhoben. — Uebrigens verdient hervorgehoben zu werden, daß noch heutzutage das Wort Besitz im Munde des Volks der die rechtliche Zuständigkeit vermittelnde Ausdruck ist.

4) Die im Texte entwickelte Ansicht von Dem, was das Wort Gewere zum Theil bedeutet, stimmt wenig überein mit derjenigen, welche Albrecht in seiner Schrift „die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts (1828)" aufgestellt hat, ein Werk, das durch die reiche Fülle seiner bedeutenden Forschungen und die geistreiche Methode der Untersuchung die vollste Anerkennung auch Dessen verdient, der seinem hauptsächlichen Resultate nicht beitreten kann. Albrecht scheint von der Voraussetzung auszugehen, die Gewere sei ein Rechtsinstitut mit innerer selbstständiger principieller Gliederung, ein Rechtsinstitut mit materiellem Inhalte, das seine Stellung in einem Rechtssysteme des Mittelalters gehabt habe. Die Ansicht Albrecht's ist die, daß das deutsche Recht dem binglichen Rechte an sich kein Klagerecht beilege, das Klagerecht sei etwas davon Unabhängiges, Selbstständiges, welches nach seinen eigenen Bedingungen geleitet werde; dieß abgelöste Klagerecht sei die Gewere. Die im Texte ausgesprochene Ansicht sucht die Eigenthümlichkeit des mittelalterlichen Rechts aus dem Geiste und der Anschauungsweise der Zeit ihres Entstehens zu erklären; so bedenklich dieß Gebiet auch ist, so leicht auch in dem Hineindenken in unvollkommene Vorstellungen des Guten zu viel gethan werden kann, so bleibt es doch der allein gerechtfertigte Ausgangspunct geschichtlicher Untersuchung. — Nach der Schrift Albrechts sind noch folgende Abhandlungen zu erwähnen: Klimrath in Wo-

Es erklärt sich dieß weiter auch durch folgende Betrachtung. Die hervortretende äußere Erscheinungsform einer sachenrechtlichen Befugniß ist die thatsächliche Herrschaft über die Sache, der Besitz — Gewere. Das Recht des Mittelalters liebt es nun, statt seine juristische Technik an die materiellen Institute des Sachenrechts selbst anzusetzen und die entscheidenden Sätze aus deren innerer Natur abzuleiten, mit dem äußerlichen Momente des Besitzrechts zu operiren. Nicht als ob damit der Besitz zu einem selbstständigen und eigenthümlichen Rechtsinstitute erhoben würde, — vielmehr erscheint er dem mittelalterlichen Rechte nur als der allgemeine juristische Normaltypus einer sachenrechtlichen Befugniß. Es will damit die Existenz und Berechtigung der materiellen Institute des Sachenrechts nicht verläugnen, aber es umgeht ihre innere Entwickelung, indem es sich mit der Determinirung eines Besitzrechts begnügt, in welchem alle sachenrechtlichen Interessen gleichmäßig ihre praktische Lösung zu haben schienen.

---

lowski Revue de legislation Tom. II (1835) p. 356 sq., Gaupp in der Zeitschrift f. deutsch. Recht Bd. 1 S. 86 flg., Brackenhöft in d. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 3 S. 1 und Bd. 5 S. 132. Vgl. auch die Bemerkungen von Homeyer (System des Lehnrechts S. 420 flg.), Kraut (Vormundschaft Bd. 2 S. 347 flg.), Schäffner (Gesch. der französ. Rechtsverf. B. 3 (1850) S. 293 flg.) und Trummer (Vortr. über merkwürd. Erschein. in d. Hamb. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 177 flg.). Sandhaas germanistische Abhandl. 1852 S. 81 flg. Vergl. jetzt darüber Gerber's Abhandlung in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. 11 (1854) S. 1 flg. S. auch Walter deutsche Rechtsgeschichte §. 528 flg. Eine neue Ansicht über die Bedeutung der Gewere ist seitdem vorgetragen worden von Delbrück Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 14 S. 207 flg., wonach sie die Lage dessen bezeichnen soll, der den Vortheil der Beweisführung hat; s. dagegen u. A. Hänel das Beweissystem des Sachsenspiegels (1858) S. 184 flg. — Stein (Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts 1. Abth. 1857) kommt in Bezug auf die Frage über die Bedeutung des Wortes gewere zu denselben Resultaten als ich in meiner ihm, wie es scheint, unbekannt

§. 73.

Diese Charakteristik beschreibt die Anschauungsweise, wie sie im mittelalterlichen Rechtsleben, freilich nicht in bewußter Klarheit, herrschte. Es ergiebt sich daraus das doppelte Ergebniß, daß der Gebrauch des Wortes und Begriffs „Gewere" in der oben hervorgehobenen Bedeutung mehr eine Sache der formellen juristischen Technik war, daß man aber daneben das Bedürfniß weniger empfand, dem wirklichen materiellen Substrat der Gewere, dem Rechtsverhältniß, eine besondere juristische Natur abzugewinnen. Daraus erklärt sich die häufige Ununterschiedenheit in der Auffassung der persönlichen und der dinglichen Rechte, und die Ungetrenntheit des im Eigenthum liegenden factischen Moments, des Besitzes, vom Rechte[1]).

---

gebliebenen Abhandlung. Die Gegensätze des deutschen und römischen Rechts aber, die er daraus abstrahirt, scheinen mir nicht zu bestehen. Auch er verfällt in den Irrthum, die unmittelbaren Beurkundungen des mittelalterlichen Rechtslebens und die wissenschaftlichen Formulirungen der römischen Jurisprudenz für vergleichbare Dinge zu halten. Falsch ist es, wenn er darin, daß das deutsche Recht den Grund der Rechtsbildung in dem individuellen Willen findet, einen Gegensatz zum röm. Recht erblickt. — Eine neue verdienstliche Darstellung der Lehre von der Gewere giebt Stobbe in Ersch' und Gruber's Encyclopädie s. h. v. Im Ganzen kommen die Untersuchungen Stobbe's meinen eigenen sehr nahe; nur daß Stobbe sich mit der Zusammenstellung Dessen, was die Quellen an das Wort „Gewere" knüpfen, glaubt beruhigen zu müssen, und die Probe der Untersuchung, ob das Ergebniß dieser Zusammenstellung auch innerlich zusammenhänge, als unberechtigt abzulehnen scheint. — Die neuste Schrift ist von Rückert Unters. über das Sachenrecht der Rechtsbücher, 1860.

1) Vgl. die Bemerkungen von G. Lenz Studien und Kritiken im Gebiete des preußischen, röm. u. deutsch. Rechts (1847) S. 23 flg. Albrecht a. a. O. S. 126 und Gaupp in d. angef. Abh. haben dieselbe Beobachtung gemacht, aber ohne den inneren Grund und Zusammenhang herauszustellen. — Es wird jedoch schwerlich nachgewiesen werden können, daß das Zusammenlaufen der dinglichen und persönlichen Rechte, wie es sich im Preuß. Landrechte zeigt, mit dem obigen Satze in einem histori-

In dieser eigenthümlichen Auffassungsweise des Sachenrechts lag jedoch, wie eine nähere Betrachtung ergiebt, weniger etwas Volksthümliches oder Originelles, als eine Unvollkommenheit, wie sie in der Zeit geringerer juristischer Bildung vorübergehend stattfinden kann. Zu einem wirklichen System — zu einer Verwandlung des materiellen Sachenrechts in ein formelles Besitzrecht — hat sich jene Darstellungsweise nicht entwickelt[2]). Selbst im Mittelalter tritt sie nicht consequent und allgemein hervor[3]), sondern neben und unter ihr scheint

---

schen Zusammenhange stehe. So Gaupp die Zukunft des deutschen Rechts (1847) S. 50 flg. Aehnlich ist das Verhältniß allerdings; aber der historische Grund ist wohl kein anderer, als eine s. g. naturrechtliche Billigkeitsrücksicht, welche die Generalisirung der Regel „Kauf bricht nicht Miethe" zu empfehlen schien. Vgl. Lenz a. a. O. S. 111.

2) Zur Erklärung dieser Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts dient auch die Erwägung, daß dasselbe sehr häufig den rechtlichen Schutz schon dem bloß relativ bessern Rechte zutheilt. Oft begnügt es sich, bei sich gegenüberstehenden Ansprüchen den Besitzenden zu schützen, und verzichtet auf eine Constatirung des wirklichen Rechts. Denselben Gedanken hat Deurer für das römische Recht in Gerber's und Jhering's Jahrbüchern Bd. 1 S. 221 flg. verwerthet. Wenn aber im deutschen Rechte dieses Verfahren hie und da beobachtet wird (z. B. in der Formel „er ist näher die Sache zu behalten als jener sie ihm abzugewinnen"), so darf darin nicht eine Eigenthümlichkeit des materiellen Rechts, sondern nur das praktische Bestreben erkannt werden, in einer äußerlichen Weise die Schwierigkeiten der Rechtsprechung zu überwinden. „Das Recht begnügt sich nur irgend ein plus über das Recht des Gegners zu erlangen." Eine eigenthümliche Verwendung dieses Gedankens findet sich bei Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857; allein die von ihm gegebene Begründung einer neuen Eigenthumsklage scheint mir mehr als problematisch zu sein.

3) Dieß zeigt schon der Umstand, daß das Wort „Gewere" mit den verschiedensten Bedeutungen gebraucht wird; die Rechtsbücher ringen vergebens nach einer bestimmten Rechtssprache, und jenes Wort ist ihnen eine bequeme Aushülfe. — Beachtungswerth ist auch in dieser Hinsicht, daß das Wort in jener Anwendung nicht überall vorkommt, z. B. fehlt es in den Volksrechten und — in manchen nordischen (echt germanischen) Rechtsquellen. Vergl. z. B. Michelsen Sammlung altdithmarscher Rechts-

eine andere Betrachtung durch. Schon in den älteren Rechtsquellen findet sich der Ansatz zur Erkenntniß der innern materiellen Natur der Rechte, und werden die Anfänge gemacht, die einzelnen Rechtssätze zu Körpern, zu Rechtsinstituten zu verbinden. Es ist aber dem deutschen Volke nicht beschieden gewesen, diesen Bildungsproceß zu vollenden, da diese Vollendung durch die Aufnahme des fremden Rechtes anticipirt wurde, mit dessen Erkenntniß jene äußerliche Behandlung des Sachenrechts von selbst aufhörte. Dieß ist der Grund, weshalb die Gewere sogleich beim Eindringen des römischen Rechts verschwand und höchstens noch hie und da als ein verspäteter Ausdruck vorkommt, dessen Gebrauch nicht sowohl auf einem selbstständigen juristischen Gedanken, als auf alter Gewohnheit beruht[4]).

Wenn so die äußere Auffassungsweise des Rechts an Sachen im Mittelalter einer anderen hat weichen müssen, so hat dieser Umstand doch keinen Einfluß auf die materiellen Rechtsideen ausüben können, welche dem deutschen Volke als wirklich nationales Gut zugehören. Denn diese blieben, als die Erzeugnisse der Individualität sittlicher und socialer Zu-

---

quellen S. 294. In den altnordischen und friesischen (danach ist meine Bemerkung in meinem „wissenschaftlichen Principe des D. Pr.-R." S. 166 Not. 6 zu verbessern) Quellen kommt zwar nicht bloß die s. g. rechte Gewere, d. h. die Extinctivverjährung von Jahr und Tag vor (Richthofen fries. Wörterb. S. 845); aber auch der sonstige Gebrauch des Wortes bestätigt nur die im Text ausgesprochene Behauptung. (Zusammenstellungen bei Richthofen a. a. O. s. v. wara, wera, werande, were, S. 1125, 1136—38.)

4) So ist es zu erklären, wenn in einigen der ersten Landrechte (aus dem funfzehnten Jahrh.) das Wort Gewere für Besitz oder Recht noch bisweilen gebraucht wird. Jeder Versuch, von der Gewere noch heutzutage eine Nachwirkung zu erweisen, muß deshalb von vornherein als verfehlt erscheinen.

stände des Volks, von jener eigenthümlichen Art der formellen Betrachtung ganz unberührt, und konnten um so mehr an Stärke und Innigkeit gewinnen, je weniger sie durch frühzeitige Krystallisirung in formell bestimmte Begriffe und Institute in der Freiheit ihrer Entwickelung gehemmt und der unmittelbaren Berührung mit dem menschlichen Leben entfremdet wurden. Wenn daher nach den aus dem deutschen Rechte hervorgegangenen Eigenthümlichkeiten der Rechte an Sachen gefragt wird, so ist von der Gewere größtentheils abzusehen, desto mehr aber nach den materiellen Rechtsideen zu forschen, welche den Vorschriften der Rechtsbücher zu Grunde liegen.

§. 74.

Von der nachhaltigsten Wirkung für das deutsche Sachenrecht ist der Einfluß gewesen, den der Mangel einer Abgränzung des öffentlichen vom Privatrechte im Mittelalter erzeugt hat. So wie jenes durch die Eingränzung in die ungehörige Form des Privatrechts verkümmert ward, so wurde diesem oft ein Stoff beigemischt, der als fremdartiger Bestandtheil sich mit den einfachen Beziehungen des Privatrechts nicht leicht zu einer vollen begrifflichen Einheit verschmelzen konnte. Diese Einwirkung des öffentlichen auf das Privatrecht äußerte sich aber in einer zwiefachen Weise, auf der einen Seite in der Erzeugung neuer Rechtsinstitute, deren Eigenthümlichkeit allein auf jenem Doppelcharakter beruht, auf der andern Seite in einer Modificirung einfacher Institute des Privatrechts. Zu jenen gehören namentlich das Lehnrecht, die Verhältnisse des Gutsherrn und der Bauern, und die (jedoch nicht als dingliche Rechte zu betrachtenden) Reallasten. Bei allen diesen tritt mehr oder weniger deutlich ein auf eine sachenrechtliche Grundlage gestütztes Herrschafts- und Subjectionsverhältniß hervor, das sich, rein privatrechtlich aufgefaßt, als eine complicirte Ver-

bindung persönlicher und dinglicher Rechte darstellt[1]). Der äußere juristische Bau dieser eigenthümlichen Rechtskreise ist ähnlich, aber der geistige Gehalt derselben ist sehr verschieden je nach der Individualität des in ihnen realisirten socialpolitischen Gedankens.

Von noch größerer Wichtigkeit aber sind die einzelnen Ideen, welche durch die Einwirkung des öffentlichen Rechts hervorgerufen auf die Gestaltung des Sachenrechts eingewirkt haben. Hier ist namentlich hervorzuheben die ganz besondere Bedeutung, welche dem Grund und Boden und den Immobilien (als „Landactien") überhaupt beigelegt wird, deren Eigenthum den Genuß der vollen Freiheitsrechte bedingte[2]). Oeffentlichkeit des Erwerbs[3]), Veräußerungsbeschränkung durch die Familie, das Streben, allen Rechten durch Radicirung auf Grund und Boden Sicherheit und Dauer zu verleihen, und eine geringere Würdigung der fahrenden Habe sind die hauptsächlichen auf dieser Rücksicht beruhenden Züge des deutschen Sachenrechts, deren sichtbarste Wirksamkeit aber dem Erbrechte zufällt[4]). Nicht immer sind jedoch diese Eigenthümlichkeiten

---

1) Richtig sagt Lenz a. a. O. S. 30, daß in Deutschland Freiheit und Unfreiheit auf Grund und Boden radicirt war.

2) Dahin gehört namentlich auch als ein wichtiges erklärendes Motiv die Verbindung des imperium mit dem dominium am Grund und Boden.

3) In dieser Oeffentlichkeit des Erwerbs der dinglichen Rechte liegt der Ausbau des dinglichen Princips, die Vollendung des absoluten Charakters der Dinglichkeit.

4) Man kann, wie schon bemerkt worden ist, sagen, daß das ältere deutsche Recht ein verschiedenes Sachenrecht an Immobilien wie an Mobilien kenne, ähnlich der Modificirung der Rechte nach der Individualität der Subjecte, welche im älteren deutschen Rechte überall begründet ist. Dabei darf man freilich nicht so weit als Hasse Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 1 S. 18 gehen, der das Eigenthum an Mobilien fast in Abrede zu stellen scheint. Vgl. dagegen Budde de vindicatione rerum mobilium germanica (1837) p. 3 sq.

allein die Folgen einer Einwirkung des öffentlichen Rechts; oft verweben sich mit ihr noch andere tief aus dem Schooße des Familienlebens hervorgegangene Einflüsse.

Der Einwirkung des öffentlichen Rechts ist endlich auch die Beschränkung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte zuzuschreiben, welche in verschiedener Richtung durch fiscalische Rechte erzeugt wird.

§. 75.

Wenn so durch diese und andere Einflüsse eine Reihe von selbstständigen Rechtsideen und Rechtsinstituten für das heutige deutsche Recht gewonnen ist, so hat dagegen das Princip der Dinglichkeit selbst, wie es im römischen Rechte liegt [1]), keine Veränderungen erfahren. Beim Eindringen des fremden Rechts erkannte man die Natur der einzelnen Rechte in ihrer Verschiedenheit, und übertrug auch bald auf das einheimische diesen Maßstab, dessen Anlegung jedoch bei denjenigen Rechtsinstituten unmöglich oder doch erschwert zu sein schien, deren Natur eine aus persönlichen und dinglichen Elementen gemischte war. Man hielt es demnach entweder für nothwendig, eine Mittelclasse zwischen diesen beiden Rechtsgattungen zur Aufnahme jener besonderen Rechtsinstitute zu bilden, oder verzichtete ganz auf die Entdeckung einer passenden Kategorie, sich damit begnügend, ihren Inhalt ohne Rücksicht auf die Stellung zum Systeme zu beschreiben. Beides aber ist unzulässig: jenes, weil es undenkbar ist, daß durch die unvermittelte Zusammenstellung zweier Gegensätze eine dritte einheitliche Größe gewonnen werde; dieses, weil damit die Lösung der Aufgabe umgangen wird.

Die Lösung der Schwierigkeit kann aber durch eine genaue Analyse der in diesen Rechtsinstituten liegenden Ele-

1) Vgl. Puchta Cursus der Instit. II. S. 671 flg.

mente bewirkt werden. Es wird sich dann mit Sicherheit bestimmen lassen, ob der dingliche oder persönliche Charakter vorherrscht, und daraus wird sich der richtige Gesichtspunct ergeben. Hierbei ist vor Allem die rein historische und politische Beziehung der Institute von der rechtlichen zu scheiden. Es ist eine wichtige Aufgabe der heutigen Wissenschaft, die bunte Mannigfaltigkeit deutschrechtlicher Stoffe zu ordnen und durch Anknüpfung an feste Begriffe zu erhalten; denn der reichste Inhalt würde gefährdet sein, wenn ihm die Gewähr begrifflicher Formen abginge[2]).

Dieß Ziel läßt sich heutzutage um so sicherer erreichen, je mehr sich das öffentliche Recht vom Privatrechte geschieden und auf sein natürliches Gebiet zurückgezogen hat. Der Gewinn dieser nun gelösten Verbindung für das Recht ist seine

---

2) Der Vorwurf, den man häufig aussprechen hört, daß die germanistischen Stoffe in römische Formen eingezwängt und dadurch ihrer Eigenthümlichkeit beraubt würden, ist freilich in vielen Fällen gar sehr begründet, namentlich dann, wenn ein deutschrechtliches einzelnes Institut in die Form eines ähnlichen, aber doch verschiedenen römischen Instituts gequält wurde. Es war aber nicht weniger ein Abweg, auf den jener Vorwurf führte, daß man die Eigenthümlichkeit deutschrechtlicher Institute oft durch eine bloße Beschreibung ihres Inhalts und gänzliche Vernachlässigung ihrer Verbindung mit den allgemeinen Principien des Rechts zu retten suchte. Die richtige Form gewährt dem Individuellen, so wie das Recht dem Menschen, erst die eigentliche Freiheit der Bewegung. Wo ist aber diese richtige Form zu suchen? Es kann gewiß kein einseitiger Romanismus genannt werden, wenn man sagt: im Bereiche der juristischen Bildung, welche unsere Zeit der Aufnahme des römischen Rechts als Culturelements verdankt. Dieser Ansicht kann nur von denjenigen widersprochen werden, welche (wie Schmidt der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte 1. Bd. 1853) von der durchaus unrichtigen Voraussetzung befangen sind, daß die ersten Ausgangspuncte des deutschen und römischen Rechts principiell verschieden oder entgegengesetzt gewesen seien. S. auch Gerber in s. u. Iherings Jahrbüchern II S. 35—42.

Bereicherung mit eigenthümlichen, die individuelle Natur des deutschen Volks ergreifenden Ideen.

Zweites Capitel.

Das Eigenthum.

I. Inhalt des Eigenthums.

1) Im Allgemeinen.

§. 76.

Die völlige Herrschaft einer Person über eine Sache ist ein sowohl dem ältesten als dem späteren deutschen Rechte bekanntes Verhältniß[1]). Obschon das ganze mittelalterliche Rechtsleben sich an das Eigenthum am Grund und Boden recht eigentlich anknüpft, so lag es doch in der Eigenthümlichkeit der mehr einem dunkeln Drange als bewußter Freiheit folgenden mittelalterlichen Entwickelung, daß die Natur dieses Rechtsinstituts nicht als scharf begränzter Begriff erfaßt und in seiner Reinheit bewahrt wurde[2]). Daraus erklärt sich zu-

1) Es ist einer der größten Abwege, welchen die Rechtswissenschaft aufzuweisen hat, daß man dem deutschen Rechte den Begriff des Eigenthums hat abläugnen wollen, und zwar mit dem Schein eines besonderen Verständnisses des innersten germanischen Genius. So z. B. Vollgraff im Beilageheft zum 9. Bde. des Archivs f. civil. Praxis S. 40. Phillips deutsch Pr.-R. (3 Aufl.) Bd. 2 S. 6 flg. (Unrichtig ist auch die Entwickelung bei Maurer in der oben §. 51, 3 citirten Schrift S. 96 flg.) Damit hängt es auch zusammen, wenn man die absolute Wirksamkeit des römischen dominium als eine dem deutschen Rechte principiell widerstrebende Eigenthümlichkeit des römischen Rechts darstellen wollte, obschon man auf der andern Seite die Gewalt des Eigenthümers erstaunlich erweiterte, z. B. durch förmliche Construction des allerdings durch das deutsche Recht sich hinziehenden Imperiums des Eigenthümers. Trotz der trefflichen Bemerkungen Duncker's in der Zeitschr. für deutsches R. Bd. 2 S. 181 und 187 flg. finden aber jene Ansichten noch immer Beifall.

2) Daß man den Inhalt des Eigenthums vollkommen kannte,

nächst die Anwendung des Wortes Eigenthum zur Bezeichnung der das Vermögen Jemandes ausmachenden Rechte, wie sie in den mittelalterlichen Rechtsurkunden sehr häufig gefunden wird und sich in der Sprache des Volks und einiger neueren Gesetzgebungen erhalten hat[3]); es liegt darin nicht eine materielle Erweiterung des Eigenthumsbegriffs, sondern nur eine Armuth des juristischen Denkens, das für die Vielheit rechtlicher Zuständigkeiten nur die einzige Formel des Eigenthums kannte. Daher war es auch möglich, daß man gewisse dem deutschen Rechte eigenthümliche Nutzungsrechte, welche vermöge ihres weiten Umfangs dem Eigenthum nahe treten, ebenfalls als ein wenn auch durch die Art der processualischen

---

kann vernünftiger Weise Niemand läugnen, der in die Rechtsquellen des Mittelalters einen Blick geworfen hat. Vgl. auch Duncker a. a. O. S. 188. Siehe bes. d. Kl. Kaiserrecht II Cap. 90. Im Sachsenspiegel kommt zur Bezeichnung des Eigenthums vor: eigentliche Gewere, Eigen, Erbe. Auch war man sich seiner Gegensätze, der jura in re aliena, als Leibzucht, Nutzung, Lehen bewußt. Vgl. Sachsensp. II, 44 §. 3. Aber auch hier tritt uns das in den §§. 72 und 73 Bemerkte in seiner concreten Anwendung auf das Eigenthum entgegen, indem sich deutlich aus den Quellen ergiebt, daß man den dem Eigenthum inwohnenden Begriff noch nicht theoretisch erkannt hatte, sondern sich begnügte, das Factische dieses Instituts zu beschreiben (mit dem Worte „Eigen", was auch für das im Eigenthume befindliche Grundstück gebraucht wird), und das Juristische bisweilen durch den Zusatz „Gewere" zu gewinnen (das Wort Eigenthum, welches schon der Ausdruck für den Rechtsbegriff ist, kommt erst im vierzehnten Jahrhunderte vor).

3) S. z. B. das Pr. Landr. I, 8 §. 1, und Oesterr. Gesetzb. Art. 353: „Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum." Ueber diesen Gebrauch im älteren Rechte s. die bei Kraut Grundr. §. 92 angeführten Urkunden. Offenbar ist es aber ein Irrthum, wenn man annimmt, daß darin die Existenz eines Eigenthums an Rechten begründet sei; es ist dieß in der That nur ein das Juristische gar nicht berührender, nicht zu billigender Sprachgebrauch. Das merkwürdigste Beispiel eines folgenreichen Mißbrauchs dieser Art ist das „literarische Eigenthum."

Vertretung (Hofrecht) modificirtes Eigenthum auffassen konnte. Endlich ist es diesem Grunde zuzuschreiben, daß man ein Miteigenthum Mehrerer an einer Sache anzuerkennen vermochte, ohne sich dabei einer Beschränkung auf ideelle Antheile bewußt zu sein. Diese letzteren beiden Umstände haben Veranlassung zur Aufstellung der eigenthümlichen Lehren vom getheilten und vom Gesammt-Eigenthum gegeben, deren Erwähnung und Beurtheilung unerläßlich ist.

§. 77.

Neuere Gesetzgebungen [1]) sowohl, als ein alter Gebrauch der Rechtsgelehrten [2]) haben gewisse sehr weit greifende dingliche Rechte an fremden Sachen als ein wirkliches Eigenthum (dominium utile oder Nutzeigenthum) aufgefaßt, welches neben dem ursprünglichen Eigenthume (dominium directum oder Obereigenthum) stattfinde. Zu diesen Fällen des s. g. dominium utile hat man namentlich das Recht des Vasallen am Lehngute und die verschiedenen Arten der bäuerlichen Gutsrechte gezählt, welche einen s. g. Obereigenthümer voraussetzen, mithin Rechte, welche durch eine utilis *rei* vindicatio geschützt werden. Jedoch hat man es nicht oder wenigstens nicht allgemein gewagt, an diese Eintheilung auch die Folgerung zu knüpfen, daß dem s. g. Nutzeigenthümer alle wirklichen Eigenthumsrechte zukommen müßten [3]). Dieser Sprachgebrauch hat

---

1) Vgl. Oesterr. Gesetzbuch §. 357, Pr. Landr. Th. 1 Tit. 8 §. 16. Codex Maxim. Bavar. II, 2 §. 2. Sogar die Reichsgesetze (Kammergerichtsordn. v. 1521. Tit. 32 §. 2 und Inst. pac. Osnabr. Art. 11 §. 12) gebrauchen diesen Ausdruck.

2) Vgl. Runde deutsches Privatr. (7. Ausg.) §. 264.

3) z. B. das Recht auf den Schatz (jedoch spricht ihn das Pr. Landr. a. a. O. Tit. 9 §. 94 flg. allerdings dem s. g. dominus utilis ganz, und das Oesterr. Gesetzb. §. 399 wenigstens zur Hälfte zu), die insula nata, und namentlich das Recht der Consolidation auch auf Seiten des Nutzeigenthümers.

seinen Grund in dem Mißverständniß einer Ausdrucksweise der Glossatoren[4]) und widerspricht sowohl dem Charakter des Eigenthums überhaupt[5]) als er auch im deutschen Rechte in keiner Weise eine Unterstützung findet[6]). Er ist deshalb als

4) Die Stellen der Glosse, welche zu dieser Terminologie Veranlassung gegeben haben, nennen nämlich dominium utile diejenigen Rechte, welche mit einer utilis (nicht directa) vindicatio verfolgt werden, z. B. die Bonorum possessio, die superficies und emphyteusis. Vgl. Glossa ad L. 1 et 2 Dig. de bonor. poss. (37, 1) ad L. 2. D. de superf. (45, 18), ad L. 1 D. si ager vectigal. (6, 3), ad L. 3 D. de usurp. (41, 3), ad. L. 1. Cod. de thes. (10, 15). Die Aehnlichkeit der Emphyteuse, welche die Glosse so bezeichnete, veranlaßte zunächst die Ausdehnung dieser Ausdrucksweise auf das feudum durch die Glosse selbst. Ein gänzliches Mißverständniß dieser Bedeutung des Wortes utilis, welches man nun als gleichbedeutend mit Nutzungsrecht (nützliches Eigenthum?) ansah, gab jenem Ausdruck eine ganz neue Bedeutung, und veranlaßte die Theorie vom getheilten Eigenthum. Diesen Nachweis hat geliefert Thibaut civil. Versuche Th. 2 Abh. 3.

5) Vgl. Thibaut a. a. O.

6) Dieß ist freilich in neuerer Zeit mehrfach behauptet worden. Besonders hat es Phillips (deutsches P.-R. Bd. 2 S. 19) versucht, deutschrechtliche Elemente zu entdecken, welche diese Theorie unterstützten. Dieser Versuch beruht auf der ganz falschen Annahme, daß die Möglichkeit einer zwiefachen Gewere an derselben Sache (z. B. Eigengewere und Lehnsgewere) eine Möglichkeit zwiefachen Eigenthums gewesen sei. Nach der richtigen Auffassung der Gewere, als etwas bloß Formellen, in welchem die verschiedenartigsten Verhältnisse enthalten sein können, muß sich diese Ansicht als einer jener Versuche mit einem unverstandenen Gegenstande herausstellen, wie sie heutzutage so häufig vorkommen. Siehe die richtige Ansicht darüber bei Duncker in der Zeitschr. f. deutsches R. Bd. 2 S. 177 flg., der den Nachweis geliefert hat, daß das deutsche Recht dieß s. g. dominium utile nirgends statuirt, sondern die darin enthaltenen Rechte überall als Rechte an einer fremden Sache anerkennt. — Von Neuem, aber ohne neue Gründe, wird die Theilung des Eigenthums vertheidigt von Beseler System II. S. 42 flg., Bluntschli d. Pr.-R. I. §. 60 (der sich die Sache durch Uebersetzung des Wortes „Eigenthum" in das Wort „Herrschaft" erleichtert), und von Walter d. Pr.-R. §. 132. Der Letztere fragt (N. 10), ob nicht die Jurisprudenz auch neue Begriffe formuliren dürfe? Gewiß, aber sie müssen richtig sein, und einem Bedürfniß entsprechen.

ein entschiedener Irrthum aufzugeben, und es sind jene Rechte allein als dingliche Rechte an einer fremden Sache aufzufassen[7]).

Aehnlich verhält es sich mit einer Modification des Eigenthumsbegriffes, welche man in einer angeblich abweichenden Auffassung des Miteigenthums im deutschen Rechte gefunden zu haben glaubte[8]). Das Eigenthum der Markgenossen am Markboden[9]), der Ehegatten an der gemeinschaftlichen Gütermasse[10]), der Familienglieder am Stammgute[11]), der Ganerben[12]), der durch eine Erbverbrüderung Verbunde-

---

7) Nicht zu billigen ist es, wenn Mittermaier Grundsätze §. 156 diesen Mißbrauch, der in sich verwerflich ist, aufrecht erhalten will, weil er eine entschiedene Praxis für sich habe, als wenn ein irrthümlicher Ausdruck durch die Praxis geheiligt werden könnte (vgl. auch Duncker a. a. O. S. 209), und wenn Eichhorn Einl. §. 160 den Sprachgebrauch deshalb beibehalten will, weil man sonst die damit bezeichneten Rechte mit dem usus fructus in einen unrichtigen Zusammenhang brächte; liegt aber in dem Aufgeben jenes Irrthums wirklich die Nothwendigkeit eines neuen Irrthums begründet?

8) Wahrscheinlich der Erste, welcher die Theorie vom Gesammteigenthum aufstellte (für die eheliche Gütergemeinschaft), war der pseudonyme Justus Veracius in seinem Libellus consuetudinum principatus Bambergensis (1681). Ueber die ganze Lehre vgl. Duncker das Gesammteigenthum. 1843.

9) Vgl. oben §. 49 und §. 51 N. 3. Es liegt hier das Eigenthum einer juristischen Person vor mit eigenthümlichen Berechtigungen der Einzelnen, oder ein eigenthümlich organisirtes Miteigenthum zu ideellen Theilen. S. Gerber's Abhandlung über die Genossenschaften in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 12 S. 208 flg.

10) Darüber später §. 225—235.

11) Hier nahm man ein Eigenthum der ganzen Familie an (Fischer Erbfolgsgesch. 1778 S. 28 flg. Beseler Erbverträge Th. 2 B. 2 S. 51 flg., und Unger altdeutsch. Gerichtsverf. 1842 §. 2), während doch der gegenwärtige Besitzer ein reines Eigenthum, die übrigen Familienglieder nur ein eventuelles Successionsrecht haben.

12) Bei den Ganerbschaften, d. h. den Vereinigungen mehrerer Personen oder Familien zum Zwecke der gemeinschaftlichen Vertheidigung

nen [13]), der Gesammtbelehnten am gemeinschaftlichen Gute [14]), und endlich das schon bei Lebzeiten des Erblassers bestehende Verhältniß des Erblassers und Erben zu einer durch eine Vergabung von Todeswegen dem letzteren zugesicherten Sache [15]) glaubte man weder dem Miteigenthum zu ideellen Theilen noch einem andern bekannten Gesichtspuncte unterstellen zu können, sondern durch den Begriff des (freilich nicht immer in gleicher Weise aufgefaßten [16])) s. g. Gesammteigenthums (Condominium in solidum) erklären zu müssen, wonach jedem

---

und Benutzung von Burgen, Gütern, Lehnen u. s. w., lag entweder ganz getrenntes Einzeleigenthum (reelle Theile der Ganerbschaft) oder Miteigenthum zu ideellen Theilen vor. Vgl. Wigand in den Wetzlar'schen Beiträgen Bd. 2 (1845) S. 136 flg. und die dort angeführten Urkunden von Stein-Kallenfells. Oft lag eine Erbverbrüderung zu Grunde. Vgl. Kraut Grundr. §. 94.

13) Hier handelt es sich um Uebertragung gegenseitiger Successionsrechte. S. §. 263.

14) Wir haben es hier nur mit der älteren Belehnung zu gesammter Hand zu thun, da die neuere Art derselben offenbar bloß ein eventuelles Successionsrecht gewährt. Duncker a. a. O. S. 89 hält jene für ein Miteigenthum nach ideellen Theilen; Albrecht Gewere S. 243 flg. für das Eigenthum einer juristischen Person; Homeyer Sachsenspiegel 2. Th. 2. Bd. S. 464 für eine zwischen universitas und societas, aber näher an dieser liegenden Gemeinschaft. Vgl. darüber unten §. 116.

15) Hier liegt eine schon jetzt kräftige Uebertragung des Eigenthums mit vorbehaltenem lebenslänglichen Nießbrauch oder eine bedingte Tradition vor. So Albrecht a. a. O. S. 192 flg. Nicht ganz übereinstimmend Duncker a. a. O. S. 69. (Vgl. Gerber in Schneider's krit. Jahrbüchern 1846 S. 320.) Das Gesammteigenthum nehmen an Eichhorn Einl. §. 18, 1 und Beseler a. a. O. Th. 1 S. 70.

16) So definiren es Manche als das Eigenthum einer s. g. Genossenschaft, was bei der Unbestimmtheit dieses Begriffs bedeutungslos ist. Schüler's (Juristische Abhandl. v. Ortloff, Schüler, Heimbach und Guyet. Bd. 1 (1847) S. 492 flg.) Vorstellung, daß hier die mehreren Subjecte zu einem einschwinden, würde nur dann etwas Anderes als ein bloßes Phantasiebild werden, wenn dadurch die Entstehung der juristischen Personen bezeichnet werden sollte.

Interessenten ein Eigenthum an der ganzen Sache zustehen solle[17]). Diese der Natur des Eigenthums widerstrebende Vorstellung[18]) findet jedoch bei genauer Betrachtung im deutschen Rechte durchaus keine Begründung. Entweder handelt es sich in den angeführten Fällen um das Eigenthum einer juristischen Person, oder um eventuelle Successionsrechte, oder um ein in seiner Ausübung suspendirtes Eigenthum, oder endlich um ein Miteigenthum nach ideellen Theilen. Der juristische Charakter dieser Verhältnisse wird freilich in den Quellen des Mittelalters nur selten durch ausdrückliche Worte angedeutet, weil die innige Lebensgemeinschaft der Interessenten*), oder eine auf alter Sitte beruhende Anordnung der Rechtsausübung[19]) die Feststellung der Rechte der Theilnehmer durch schärfere Begriffsbestimmung zu keinem Bedürfniß machten, —

---

17) Noch wird diese Theorie festgehalten von Phillips Privatr. Bd. 2 §. 86, von Beseler a. a. O. und System II S. 46 flg., zum Theil von Eichhorn a. a. O. Eine ungenügende Vertheidigung des Gesammteigenthums durch Schloifer s. im Archiv f. d. Praxis des in Oldenburg geltenden Rechts 3. Bd. (1847) S. 154 flg. Eine seltsame Gestaltung hat das Gesammteigenthum erhalten von Bluntschli d. Pr.-R. I S. 259. Er erleichtert sich die Sache abermals durch Annahme des privatrechtlich untechnischen Wortes „Herrschaft" statt „Eigenthum", und stellt die Rücksicht auf dessen Ausschließlichkeit einfach „in den Hintergrund."

18) Vgl. Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft. 1808. §. 10—23.

*) Man sagte von den Gesammtbelehnten, daß sie in gemeinsamem „Scheffel, Brot und Rauch" lebten.

19) Der eigentliche Schlüssel zur Lösung der durch die Fassung der Urkunden über die oben genannten Verhältnisse entstandenen Schwierigkeiten liegt in der Betrachtung der eigenthümlichen Bildungsform des deutschen Rechts, welches die Bildung der Rechtsverhältnisse nicht der Herrschaft bestimmter durch die Natur des Rechts gebotener Principien, sondern der freien Gestaltung der factischen Lebensverhältnisse anheim giebt, und den dadurch entstandenen Zuständen die rechtliche Beglaubigung nur als ein äußeres formelles Element — als einen bloßen Stempel — hinzufügt.

eine Aufgabe, der sich die Wissenschaft unserer Tage unter keiner Voraussetzung entziehen kann[20]).

2) Modification des Inhalts.

§. 78.

Der Mangel an Schärfe in der Auffassung des Eigenthumsbegriffs hat jedoch noch eine positivere Wirkung gehabt als die, zur irrigen Annahme der Existenz einer Abnormität des letzteren verleitet zu haben. Indem das deutsche Recht den einfachen und absoluten Charakter des Eigenthums nicht immer festgehalten hat, ist es dahin gelangt, der Individualität sowohl der Subjecte als der Objecte einen zwar nicht die innere Natur des Instituts verändernden, aber doch modificirenden Einfluß zu gestatten. Die Berücksichtigung der Verschiedenheit der Subjecte zeigt sich zunächst in dem Einfluß des Standes auf den Umfang der Eigenthumsberechtigung, indem das Grundeigenthum der Ritterschaft regelmäßig noch einen aus der Vogtei und Gerichtsherrlichkeit hervorgegangenen potenzirenden Zusatz erhalten hat, das Grundeigenthum des im hofrechtlichen Verbande befindlichen und später selbst des freien Bauers dagegen durch außerordentliche Lasten gedrückt, ja nicht selten sogar in die Sphäre der bloßen Nutzungsberechtigung herabgesetzt worden ist[1]). Der Einfluß der Ver-

20) Im Gegensatze hierzu will Trummer (merkw. Ersch. in der Hamb. Rechtsgesch. Bd. 3 (1850) S. 247 flg.) diese Unklarheit des Mittelalters wieder festgehalten wissen.

1) Eine andere derselben Ursache zuzuschreibende Wirkung, nämlich die Durchbrechung des im Eigenthum liegenden Verfügungsrechts durch Rechte der Familie, ist später unter den Beschränkungen des Eigenthums abzuhandeln. — Scharf aufgefaßt, erscheinen die aus der Berücksichtigung der Individualitäten hervorgegangenen Modificationen des Eigenthums zum großen Theil nicht als Modalitäten des Eigenthumsbegriffs, sondern als Einflüsse in der Geschichte des Eigenthumsrechts im subjectiven Sinne.

schiedenheit der Objecte dagegen tritt sichtbar hervor in dem schon früher erwähnten Umstande, daß dem Eigenthum am Grund und Boden nicht nur eine ganz besondere Ausbildung, sondern auch eine seiner hervortretenden Wichtigkeit entsprechende Bedeutung gegeben wird, während das Eigenthum an fahrender Habe im älteren deutschen Rechte mit geschwächter Kraft zurücktritt und durch ganz andere Formen begründet wird.

Zwar hat nun das Eigenthum im Sinne des römischen Rechts fast überall in Deutschland Geltung gewonnen, und sind diese individuellen Unebenheiten mehr und mehr dem ausgleichenden Streben der neueren Zeit gewichen; aber immer zeigen sich auch heutzutage noch wesentliche Spuren jener tief eingreifenden Modificationen. Von zwei Erscheinungsformen derselben ist gleich hier zu handeln.

a) Eigenthum an Rittergütern.

§. 79.

Der Begriff eines Ritterguts [1]), als eines mit besonderen Privilegien versehenen ländlichen Grundstücks, wurzelt in der Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die heutzutage als Pertinenz des Eigenthums an Rittergütern vorkommenden Gerechtsame haben theils ihren Grund in der

---

1) Praedium nobile, equestre, nobilitas realis. Die Bestimmung der Merkmale eines Ritterguts ist heutzutage nach den Landesgesetzen verschieden; bald entscheidet die Aufzeichnung in der Rittermatrikel, bald die auf dem Gute haftende Landstandschaft, bald (wie im Königr. Sachsen) die Verpflichtung zur Zahlung von Ritterpferdsgeldern, bald die Guts- und Gerichtsherrschaft, bald der Besitz eigener von der Dorfgemeinde unabhängigen Gemarkung. Vgl. Ortloff Grundz. S. 261. Es versteht sich, daß die Eigenschaft eines Gutes als Ritterguts mit den im einzelnen Falle behaupteten Rechten streng bewiesen werden muß, wenn sie bestritten werden.

im späteren Mittelalter dem grundbesitzenden Ritterstande obliegenden Leistung der Ritterdienste, für welche jene eine Ausgleichung bieten sollten (Befreiung von den öffentlichen Lasten[2])), theils in der Vogtei, welche bisweilen jenen Gutseigenthümern zustand und die anwohnenden Personen einer wirklichen Hoheit oder einer sich dieser annähernden Gerichtsherrschaft unterwarf (Patrimonialgerichtsbarkeit[3]) und mancherlei Reallastberechtigungen), theils in einer wirklichen Grundherrschaft der Rittergutsbesitzer an den Grundstücken der verpflichteten Bauern (fernere Reallastberechtigungen), theils in der uralten Theilnahme der Ritterschaft an der Staatsverwaltung (Landstandschaft). Zu diesen Rechten gesellten sich dann noch regelmäßig besondere Hut= und Forstgerechtigkeiten, sowie das Jagd= und Fischereirecht in den bäuerlichen Besitzungen, welche bei der Verleihung derselben vorbehalten waren[4]); auch waren sie privilegirt in Betreff des Gerichtsstands[5]). Den auf diese Weise qualificirten Rittergütern

2) Eichhorn Rechtsgesch. §. 426. 547. Vgl. Struben Nebenst. 2. 213, 348. Die Rechte, welche als Aequivalent der Ritterdienste gegeben wurden, waren: die Befreiung von der Einquartierungslast, von Zöllen und Steuern aller Art. Der Umfang dieser Rechte ist heutzutage in den einzelnen Staaten ganz verschieden und schwindet in den meisten Ländern mehr und mehr.

3) Allerdings ist die Patrimonialgerichtsbarkeit auch aus besonderen Rechtstiteln, z. B. Verleihung, hervorgegangen, vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 303 N. e. Aber dieß war gewiß nicht die einzige Veranlassung ihrer Entstehung; es gab gewiß ganz allgemeine Ursachen derselben. Vgl. Sachße Grundlagen des deutsch. Staats= und Rechtsleb. (1844) S. 415 und 418.

4) Diese Rechte waren ursprünglich Rechte jedes freien Eigenthümers, welche sich aber allmählig in die Hand der Ritterschaft zurückzogen. Ein besonders häufig auf Rittergütern haftendes Recht ist noch die Braugerechtigkeit, als Exemtion vom städtischen Bierzwang.

5) Daher die Unterscheidung in schrift= und amtsässige Güter. Vgl. z. B. Oberhofgerichtsordn. zu Leipzig v. 1548 im Cod. August. I p. 1284.

treten heutzutage die ehemals reichsritterschaftlichen[6]) und die Güter der Standesherrn[7]), sowie die den letztern ausdrücklich gleichgestellten Besitzungen[8]) zur Seite; nur ist der Zustand derselben durch weit ausgedehntere, an die ehemaligen Hoheitsrechte erinnernde Privilegien ausgezeichnet. Bei allen diesen Gütern tritt das Eigenthumsrecht in einer durch fremdartige Bestandtheile der verschiedensten Art gesteigerten Wirksamkeit auf, da jene anhängenden Rechte sich entsprechend der alten Potenzirung des Grundeigenthums zur Grundherrschaft mit dem Eigenthumsbegriff innig verschmelzen. Den Gegensatz davon bildet das Eigenthum an Sattel- oder Sedelhöfen (d. h. Gütern, welche sich zwar von bäuerlichen Lasten frei erhalten haben, aber doch die Vortheile der Rittergüter entbehren), indem es sich hier wieder in seiner ursprünglichen Einfachheit darstellt[9]).

Die Erhebung eines einfachen Grundstücks zu einem Rittergute kann nur mit Hülfe landesherrlicher Privilegien bewirkt werden, welche jedoch, selbst wenn deren Ertheilung nicht durch die Landesverfassung beschränkt ist, kaum genügen würden zur Herstellung eines Zustandes, der jenen durch die

---

6) Vgl. Art. 14 der d. Bundes-A.: „Dem ehemaligen Reichsadel werden die sub N. 1 und 2 angeführten Rechte, Antheil der Begüterten an Landstandschaft, Patrimonial- und Forstgerichtsbarkeit, Ortspolizei, Kirchenpatronat und der privilegirte Gerichtsstand gesichert."

7) Vgl. Rheinbundsacte Art. 27. Art. 14 der deutschen Bundesacte. Bayerische Declaration v. 19. März 1807.

8) Vgl. z. B. Reyscher Würtemb. Privatr. Bd. 1 §. 233 N. 1 und 2.

9) Eichhorn Privatr. §. 287. Struben observ. jur. et histor. germ. Nr. 10 p. 278 sq. Pufendorf observ. jur. IV obs. 243. Püttmann über die Sattelhöfe, deren Rechte und Freiheiten. 1788. Zepernick Sammlung von Abhandl. Th. II S. 215 flg. Auch Buri Erläuterung des Lehnr. Th. II S. 4 und S. 546 flg. Sachse Großh. Sächs. Privatr. §. 257.

Geschichte gestalteten Verhältnissen dem inneren Gehalte nach vollkommen gleich käme [10]). Die Erwerbung eines schon bestehenden Ritterguts setzt dagegen heutzutage keinen adeligen Stand des Erwerbers voraus, wogegen die durch Adelseigenschaft bedingten Rechte [11]) in der Hand des bürgerlichen Besitzers ruhen, was bei standesherrlichen und reichsritterschaftlichen Gütern in besonders ausgedehntem Umfange stattfindet [12]).

b) Eigenthum an Bauerngütern.

§. 80.

Ein Seitenstück des Begriffs der Rittergüter in entgegengesetzter Weise, so daß wie dort eine Steigerung des Eigen-

10) Es würden durch ein solches Privilegium natürlich nur diejenigen Vorrechte gewährt werden können, welche die Befreiung von Staatslasten und den Genuß staatsrechtlicher Vortheile betreffen. Aber die privatrechtlichen Gerechtsame, wie sie historisch hergebracht sind, können nicht leicht reproducirt werden.

11) Welche Rechte dahin gehören, läßt sich gemeinrechtlich nicht bestimmen. Nach den neusten staatsrechtlichen Veränderungen Deutschlands kann man diesen Satz fast als antiquirt betrachten (jedoch mit Ausnahme der Verhältnisse der Grund- und Standesherren). Besonders häufig wurden die Landtagsfähigkeit und Patrimonialgerichtsbarkeit dazu gezählt, z. B. in Bayern nach dem Edict vom 26. Mai 1848 Tit. VI §. 133 und der Verf.-Urk. Tit. VI §. 7, a.

12) Der Begriff „Standesherrschaft" ist nicht wie der Begriff „Rittergut" ein Gattungsbegriff, sondern eine historische Specialität. Diejenigen Rechte, welche der Art. 14 der Bundesacte den Mitgliedern des hohen Adels als Besitzern von Standesherrschaften verliehen hat, setzen ohne Zweifel den fortdauernden Besitz des angestammten Territoriums voraus, und sollen ein Aequivalent für die ehemalige Landeshoheit in diesem Territorium sein. Wird diese Verbindung durch Veräußerung der Standesherrschaft gelöst, so fallen auch die s. g. dinglichen standesherrlichen Rechte hinweg, selbst wenn der Erwerber ein anderer Standesherr wäre. Eben so wenig können sie auf neue Erwerbungen übertragen werden, welche ein Standesherr seit seiner Mediatisirung gemacht hat. So die Auffassung in Württemberg; s. Golther in der Tübinger Zeitschr. für Staatswissensch. im XVII. Jahrg. Anders, wie es scheint, in Preußen; s. v. Rönne Staatsr. der Preuß. Monarchie I S. 475 N. 1b.

thumsbegriffs hier eine Schmälerung desselben durch gewisse das Eigenthum am Grund und Boden belastende Pertinenzen stattfand, konnte man ehemals allgemein in den Bauergütern [1]) finden. Obschon nämlich zu jeder Zeit ein großer Theil der letztern im vollen, freien Eigenthum ihrer Besitzer gestanden hat, so haben doch dieselben Gründe, welche für die Rittergüter eine Steigerung des Eigenthums herbeiführten, auf die Bauergüter in der entgegengesetzten Richtung gewirkt, und man konnte sie früher mit Recht als Güter charakterisiren, welche neben den allgemeinen öffentlichen Staats- und Com-

1) Es versteht sich hiernach von selbst, daß an dieser Stelle nicht von den Bauergutsrechten die Rede sein soll, welche sich als Rechte an einer fremden Sache herausstellen. Zwar werden diese fast immer mit den Bauergütern nach freiem Eigenthum zusammengestellt, und kann es Niemand läugnen, daß sie beide nach ihren Schicksalen in einem engen historischen Zusammenhange stehen, aber gewiß kann man in einem System des heutigen Rechts nicht von einer Betrachtungsweise ausgehen, welche den rechtlichen Standpunct (Eigenthum und Nichteigenthum) unberücksichtigt läßt. — Man könnte der gegebenen Auffassung der Bauergüter und Rittergüter den Einwand entgegenstellen, daß jene zu dem einfachen binglichen Verhältnisse hinzutretenden Rechte oder Verbindlichkeiten nicht sowohl die Natur des Eigenthums selbst modificirten, als vielmehr nur die Stellung der Eigenthümer. Aber so sehr auch diese Auffassung dem römischen Rechte entsprechen würde, so sehr muß doch für das deutsche Recht ein anderer Standpunct in Anspruch genommen werden. Dieses schmelzt wirklich den Eigenthumsinhalt und jene in Folge historischer Zustände mit innerer Nothwendigkeit an das dingliche Recht sich anknüpfenden Lasten oder Berechtigungen zu einem untheilbaren juristischen Stoffe zusammen. Es verhält sich ganz anders mit der Schmälerung des Bauergutseigenthums durch Reallasten und der Schmälerung des Eigenthums durch einzelne zufällige Servituten, deren Dasein oder Nichtdasein niemals einen eigenthümlichen Begriff erzeugt. S. auch etwas Aehnliches bei J. Möser in der Charakteristik des echten Eigenthums, Patr. Phantas. Bd. 4 S. 164. (Man denke auch an die mansi ingenuiles, lidiles und serviles.) Maurer Gesch. der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofsverf. in Deutschl. 1862 Bd. 1 S. 351 flg.

munallasten noch durch besondere aus der Vogtei des Landesherrn und anderer Berechtigter[2]) hervorgegangene Reallasten gedrückt waren[3]) (Dienste, Zinsen, Zehnten); diejenigen Güter, welche sich von dem vogteilichen Verbande frei erhalten hatten, bildeten dann die Ausnahme. Allein nachdem in neuerer Zeit fast überall die Ablösung oder Aufhebung dieser Lasten gesetzlich nachgelassen worden ist, verliert dieser Begriff des modificirten Eigenthums an Bauergütern mehr und mehr an Raum und Bedeutung.

Die Frage, ob ein Bauergut im Eigenthum seines Besitzers stehe, kann nur durch eine Untersuchung seiner Geschichte beantwortet werden. Particulargesetze haben diese Prüfung oft durch Aufstellung bestimmter Kennzeichen des vollen Eigenthums erleichtert[4]). Wo solche Bestimmungen fehlen, ge=

---

2) Daher die Eintheilung der Bauern in Kammer= und Patrimonialbauern (zu diesen gehören auch die Pfarr= und Dotalbauern).

3) Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 368, 448 und 545.

4) z. B. Würtemb. Landr. II, 9 §. 16. Sächs. Constitut. P. II Const. 39, Badisches Civilgesetzb. Art. 577. — Beispiele solcher Güter sind folgende: die Sattelhöfe (wenn sie nicht zu andern als bäuerlichen Gütern gehören), die niederländischen Colonistengüter im nördlichen Deutschland (Holländereien, flämische Güter, vgl. Wersebe über die niederl. Colon. Th. I S. 141 flg.), die schlechten Zinsgüter (Haubold sächs. R. §. 459), die Wetterfreien im Osnabrückischen (Klöntrup Osnabr. R. 3. Th. S. 306), die Erbbauern in der Mittelmark (Eisenberg und Stengel Beitr. zur Kenntniß der Justiz. 2. Th. S. 4 flg.), die Freizinsgüter im Erfurtischen (Heinemann d. statut. Rechte von Erfurt. S. 226 flg.), die Erbhöfe im Lüneburgischen (Pufendorf observat. Tom. II Obs. 96), die Erbexen im Bremischen und Osnabrück (Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 88), die freien Bauerhöfe in Hoya (Hagemann a. a. O.), die ostfriesischen Hausmänner, die Erbgüter in Reklinghausen und Westphalen (Rive Beitr. z. deutsch. Rechtsgesch. 1. Bd. (1827) S. 295, Sommer Darstell. d. Rechtsverh. der Bauergüter in Westph. (1823) S. 19 flg.). Vergl. überhaupt Mittermaier Grunds. §. 484 und Eichhorn Einl. §. 257.

währen zwar weder die Namen[5]) der Bauergüter, noch die Größe ihrer Lasten, die Untheilbarkeit[6]) und die Nothwendigkeit eines der Veräußerung vorausgehenden Consenses des Gutsherrn[7]) die Kennzeichen für das Vorhandensein bloßer bäuerlicher Nutzungsrechte; wohl aber läßt sich auf ein freies Eigenthum schließen, wenn eine Vererbung auf Seitenverwandte und freie Dispositionsacte nachweisbar sind, wenn keine Caducitätsfälle und Verleihungsbriefe vorliegen, und ermittelt werden kann, daß der Zins nicht die Natur eines reservirten habe.

3) Beschränkung des Inhalts.

A. Beschränkung des Veräußerungsrechts.

Einleitung[1]).

§. 81.

Das Grundeigenthum hat in seinem Verhältniß zu den öffentlichen Angelegenheiten des Volks in Deutschland eine so

---

5) Besonders führen oft die mit „frei" componirten Bezeichnungen keineswegs auf freies Eigenthum. Es ist hier überall der Localsprachgebrauch zu berücksichtigen.

6) Denn das Verbot der Dismembration kann ja auch in staatswirthschaftlichen Rücksichten oder in dem Interesse des Reallastberechtigten (der nicht Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks ist), oder des Steuerfiscus seinen Grund haben.

7) Wo dieß vorkommt, kann es aus dem natürlichen Interesse des Zinsherrn an der Zahlungsfähigkeit des neuen Erwerbers hervorgegangen sein. Wenn Mittermaier 2. Bd. S. 645 N. 9 von einem Vorkaufs- oder Retractrecht des Zinsherrn mit Berufung auf Wächter Handb. d. Würt. Pr.-R. I. S. 309 redet, so beruht dieß auf einer Verwechslung zwischen Zinsherrn und Zinsträger. Vgl. Eichhorn Einl. §. 257 a. E.

1) Ueber die sehr dunkle Geschichte des Rechts der Familie am Grundeigenthum vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 56 und 359. Sydow das Erbrecht des Sachsenspiegels 1828. S. 179 flg. Beseler Erbverträge 1. Bd. §. 5 und 3. Bd. S. 6 flg. Pauli Abhandlungen aus

ausgezeichnete Wichtigkeit erlangt, daß es als die wesentliche Bedingung der vollen staatsrechtlichen Befugnisse schon in den ältesten Rechtsquellen hervortritt. Die Vortheile desselben kamen aber nicht bloß seinem Inhaber zu, sondern wirkten vermöge des schutzgenossenschaftlichen Charakters der Blutsfreundschaft mittelbar auch für alle Familienglieder, die mit jenem in einem Erbverbande standen, in ihm den Vertreter ihrer eigenen Interessen erkannten[2]) und an dem Familien-

---

dem Lübischen Rechte. 1. Thl. 1837. Dreves Abhandl. aus dem Hamburg. Erbrechte. Erster Band: das Recht der Erbgüter 1844 (dazu Pauli in der Zeitschrift für deutsches Recht 10. Bd. S. 325 flg.). Gerber Meditationes ad locum Speculi juris Saxonici L. I, 52 Erlang. 1847. 4. Sandhaas germanistische Abhandl. (1852) Nr. 3. Die gründlichste Darstellung giebt jetzt Zimmerle das deutsche Stammgutssystem nach seinem Ursprunge und Verlaufe 1857. — Ferner Homeyer über die Heimath nach altdeutschem Rechte, insbes. das Hantgemal (Berlin 1852) S. 35 flg. Siegel deutsches Erbrecht (1853) S. 88 flg. (Nur kann ich die Ansicht des Letzteren nicht theilen, daß das Wartrecht ein dingliches Recht sei.)

2) Vgl. Gerber a. a. O. S. 11. Daselbst sind auch die Ansichten derer zu widerlegen versucht, welche das Recht der nächsten Erben auf ein anderes als das genannte Motiv stützen, und die Existenz einer solchen Berechtigung der Erben in der ältesten germanischen Zeit in Abrede stellen. Die ausführlichste kritische Dogmengeschichte giebt Zimmerle in dem N. 1 angeführten Werke. Daß man mit einem väterlichen Gefühl für die Descendenten Nichts erklären kann, geht aus der Geschichte der römischen Suität hervor, welche trotz ihrer bedeutenden Wirksamkeit doch nicht entfernt zu jenem Ziele führte. S. Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilr. 1848. S. 228. Nach Richthofen (Singuläre Erbrechte an Schlesischen Rittergütern 1843. S. 7 flg.) soll sich das Stammgutssystem in slavischen Ländern auf ein ehemaliges Miteigenthum der ganzen Familie stützen. — Seltsamer Weise setzt Sandhaas a. a. O. S. 203 obiger Ansicht den Einwand entgegen, sie verwechsle den Zweck mit dem Grunde. Sein eigener „Grund", daß es „Aufgabe des Sachenrechts sei, auch den kommenden Geschlechtern die sachlichen Bedingungen eines vernunftgemäßen Daseins zu gewähren," ist, insofern er dem mittelalterlichen Sachenrechte einen kahlen

frieden Theil nahmen, wie er aus der Ansässigkeit auf festem Grund und Boden hervorging. Dieser Umstand hat im deutschen Rechte schon frühzeitig eine Berücksichtigung gefunden, indem es der Familie zu jeder Zeit einen jedoch in seiner Wirksamkeit nicht immer gleich bestimmten Einfluß auf das Schicksal des in der Hand eines ihres Glieder befindlichen Grundeigenthums gestattete. Den höchsten Grad ihrer Stärke erlangte diese Betheiligung der Familie endlich im mittelalterlichen Rechte, wie es der Sachsenspiegel[3]) darstellt, indem sie sich hier zu der Berechtigung der nächsten Erben steigerte, alle Veräußerungen des Grundeigenthums und der diesem gleichgestellten Rechte an Dritte, welche nicht durch den Fall echter Noth veranlaßt waren, innerhalb Jahr und Tag zu annulliren und sich des veräußerten Objects mit derselben Wirksamkeit zu unterwinden, als wenn es sich um die Vindication ererbter Gegenstände handelte[4]).

Dieser Grundsatz kann nicht mehr als das geltende Recht

---

nationalökonomischen Calcul unterlegt, gewiß keiner geschichtlichen Anschauung entsprechend.

3) Sachsensp. I, 52 §. 1: „Ane erven gelof und ane echte ding ne mut nieman sin egen noch sine luede geven. Doch weslet die herren ire dienstmann wol ane gerichte, of man de wederwesle bewisen und getuegen mach. Gift he't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si jene de das gaf, so he's nicht geven ne mochte.“ Obschon hier der Fall echter Noth nicht als Ausnahmsfall erwähnt wird, so darf man doch nicht mit Sydow a. a. O. S. 223 schließen, daß er dem Sachsenspiegel fremd sei, indem die Annahme einer solchen Ausnahme auf einem sowohl früher als später allgemein anerkannten Princip beruht. Vgl. L. Saxon. Tit. 15 §. 3. Rechtsb. nach Distinctionen I, 38, 1. S. schon Burchardi episc. Wormat. leg. et stat. d. a. 1024 §. 7 (Walter corp. jur. germ. III p. 776).

4) Wenn die Frist von Jahr und Tag seit geschehener Veräußerung ohne Widerspruch der Erben verstrichen war, so hatte der Erwerber am Gute eine „rechte Gewere.“

unserer Tage betrachtet werden. Schon gleichzeitig mit der Bestimmung des Sachsenspiegels wurde in den Städten[5]) das den Verkehr hemmende Recht der Erben auf das ererbte Gut, im Gegensatz des neugewonnenen, beschränkt, und auch in dieser Beschränkung behielt es nicht seine ursprüngliche Wirksamkeit, sondern schwächte sich nach dem Verschwinden jener politischen Bedeutung des Grundeigenthums zu einem vielgestaltigen Retracte ab. Auf der andern Seite aber trieb die halb verwitterte Wurzel unter dem Wechsel der Zeit neue lebensvolle Keime, welche auch in der Gegenwart ein obschon bisweilen mit Mißgunst angesehenes Bestehen haben, die Stammgüter und Familienfideicommisse[6]). Das Charakteristische derselben ist Eigenthum mit Veräußerungsbeschränkung[7]); diese ist aber hier eine wahre Schmälerung des Eigenthumsinhalts, da ihre Wirkung vollkommene Nichtigkeit der Veräußerung, und nicht wie beim Näherrecht eine bloße Forderung des Retractberechtigten auf Herausgabe unter den Bedingungen des abgeschlossenen Kaufs ist.

Das Eigenthum an fahrender Habe war jener Beschränkung durch die nächsten Erben entzogen. Eine andere Schranke der Dispositionsfähigkeit über die letzteren, welche das Mittelalter in der Nothwendigkeit des Vorhandenseins physischer Kraft bei dem Act der Veräußerung aussprach, ist aus dem gemeinen Rechte längst verschwunden[8]).

---

5) So sagt das alte Statut von Gent v. 1192 (Dierix memoires sur les lois etc. Gantois. Gand 1817. T. 1 p. 120) Art. 19: Est autem tanta libertas oppidi Gandensis, quod, si quis hereditatem suam infra justiciam oppidi contentam, vendere vel invadiare voluerit, licet ei, tam extraneis, quam proximis, nec aliquis ratione consanguinitatis vel proximitatis poterit contradicere.

6) Andere Wirkungen, welche hauptsächlich das Erbrecht und die ehelichen Güterrechte betreffen, sind später auszuführen.

7) S. Duncker Gesammteigenthum S. 115 flg.

8) S. oben §. 35 Not. 2.

a) Die Stammgüter.

§. 82.

Nachdem jenes mittelalterliche Recht der nächsten Erben unter dem Einflusse des römischen Rechts in den meisten Gegenden Deutschlands entweder untergegangen oder doch in die Gestalt des Retracts herabgedrückt war, so mußte es da, wo es unter der besonderen Gunst der Verhältnisse jenen Wechsel überdauerte, mit dem Charakter der Ausnahme auftreten. Dieß ist die Natur der heutzutage sogenannten Stammgüter[1]), deren juristische Eigenthümlichkeiten sich aber nach der Individualität der Zustände, welchen sie ihre Erhaltung verdanken, verschiedenartig gestaltet haben. Zu ihnen gehören 1) die s. g. Erbgüter, welche sich in einigen städtischen Statuten[2]) und Landesrechten[3]) erhalten haben, namentlich in ei-

1) Ludovici de diverso jure bonorum adquisitorum et hereditariorum (1714) 1740. Dreyer de restricta facultate alienandi bona hereditaria ad hereditaria mobilia non pertinente. 1751. Brandt de natura bonorum avitorum vulgo Stammgüter — atque inde sumenda interpretatione in fideicomm. familiae. (1746) 1791. J. P. v. Hornthal vom teutschen Stammgut. 1818.

2) Lub. Recht I, 10, 6. Hamb. Stat. III, 1, 4. Lüneburg. Stadtrecht 4, 1. Pauli Abhandlungen aus dem Lüb. R. Erster Band. Darstell. des Rechts der Erbgüter. 1837. Dreves a. a. O. (das Recht der Erbgüter in seiner Beziehung zur testamenti factio 1841). Dazu Pauli Zeitsch. f. deutsch. R. 10. Bd. S. 325 flg. S. auch Berck d. Bremische Güterr. d. Ehegatten (1832) Not. 223 — Not. 233. Zimmerle das deutsche Stammgutssystem S. 256 flg.

3) Sächs. Constitutionen v. 1572. P. II Const. 11 u. 31. Dazu Haubold Sächs. R. §. 396. Ueber das Recht der Erbgüter in hannöverischen Provinzen s. Pufendorf observ. jur. universi Tom. III obs. 15 Tom. IV obs. 68—70. Hagemann pract. Erört. VII. Bd. Erört. 35. Ueber das Recht der Erbgüter in rheinischen Provinzialrechten s. die Nachweisungen bei Walter System §. 186 Not. 4. Siehe auch Buttel im Archiv für d. Praxis des in Oldenburg gelt. Rechts. 2. Bd. S. 44 flg. und Steun ebendas. 1. Bd. S. 270 flg.

nigen nordischen Städten, in denen der alte gemüthliche Familiensinn ein gesellschaftlich und rechtlich bedeutsames Element geblieben ist. Dieß sind unbewegliche Güter, welche von Blutsfreunden[4]) durch Erbgang, Zuwendung auf den Todesfall, oder auch wohl als Absonderungsgegenstand für Kinder erworben worden sind (im Gegensatz der wohlgewonnenen, d. h. neu erworbenen Güter). Sie dürfen ohne Zustimmung der zur Zeit nächsten Intestaterben (ohne Unterschied des Geschlechts) außer dem Falle echter Noth[5]) (wozu der Concurs gerechnet wird) weder durch Veräußerung unter Lebenden noch auf den Todesfall den genannten Erben entzogen werden; widrigenfalls steht diesen innerhalb Jahr und Tag seit der Veräußerung die Befugniß zu[6]), die letztere zu entkräften und das Erbgut sogleich[7]) oder nach dem Tode des Veräußerers zu vindiciren, sofern ihnen nicht ein bloßes Näherrecht eingeräumt wird. Hie und da hat sich das Widerspruchsrecht der Erben auf den Fall der Zuwendung von Todeswegen beschränkt, aber ist dann bisweilen zugleich auch auf beweg-

4) Ob auch die von einem Ehegatten auf den andern vererbten? dieß bejaht Pauli für das ältere lüb. R. a. a. O. S. 78 flg. Ueberhaupt ist hier viel Streit über die Frage, was Erbgut sei. Dieß kann nur particularrechtlich entschieden werden.

5) Unter dem Falle echter Noth verstehen die mittelalterlichen Quellen: Gefangenschaft, Hunger und Gefahr, dem Gläubiger zu eigen gegeben zu werden. Aber selbst in diesem Falle gab das ältere lübische Recht dem Erben ein Näherrecht. S. auch Berck a. a. O. S. 236.

6) Nach sächs. R. ist dieß Revocationsrecht, über dessen Charakter Albrecht Gewere S. 36 und Pauli Abhandl. S. 130 zu vergleichen sind, bloß bei Schenkungen gestattet, bei onerosen Veräußerungen dagegen ein bloßer Vorkauf. Haubold a. a. O.

7) Dieß ist der Sinn vom Sachsensp. I, 52 §. 1, und Pauli's Bedenken (a. a. O. S. 131) gegen Albrecht S. 36 heben sich, wenn man die Worte: „Git he't wedder rechte“ nicht von einer besondern Hinterlist, sondern von der allgemeinen Ungerechtigkeit einer solchen Veräußerung versteht.

liche Gegenstände ausgedehnt[8]). 2) Die Stammgüter im engeren Sinne, womit man die Güter des hohen und niedern Adels[9]) bezeichnet, bei denen sich nicht durch fideicommissarische Beliebung, sondern durch altes Herkommen das Recht der nächsten Erben in der Art erhalten hat, daß den Söhnen ein Revocationsrecht, den zur Zeit der Veräußerung lebenden Agnaten aber ein Retract eingeräumt wird. Dabei ist es eine auf observanzmäßige Verzichte der Töchter[10]) oder Landesgesetze[11]) gegründete Eigenthümlichkeit dieser Stamm-

---

8) Vgl. Pauli S. 181 und in der Zeitschr. a. a. O. S. 328. Das ganze Institut ist seinem allmähligen Verschwinden nah.

9) Vgl. Moser Familienstaatsrecht derer teutschen Reichs-Stände. 1. Bd. S. 747 flg. Kohler Handb. des Privatfürstenrechts u. s. w. (1832) S. 189 flg. Zimmerle a. a. O. S. 263 flg. In der Regel besteht nur der Grundsatz, daß der Besitzer das Stammgut den Söhnen hinterlassen muß, die sich dann darein theilen können; sind keine Söhne vorhanden, so hat er häufig freie Hand. Aber auch dann, wenn den Agnaten der Retract zusteht, darf er ohne Einwand das Gut dem entferntesten Agnaten gültig zuwenden.

10) Diese kommen auch beim niedern Adel vor, s. Kreitmayr z. Cod. Max. Bav. 3. Thl. 11. Cap. §. 8. Pütter's Beitr. über Staats- und Fürstenr. 2. Thl. Nr. 39. Sie hatten hauptsächlich die Bedeutung, die schon im Mittelalter (am meisten in den Städten) bewirkte Gleichstellung der Geschlechter bei der Erbfolge zu beseitigen, und später erst wirkten sie aus demselben Grunde gegen das römische Recht, das sie mithin keineswegs hervorgerufen hat.

11) Vgl. das Bremische Ritterrecht Tit. 1—5. Tit. 11—15. Pufendorf observ. jur. Tom. III Obs. 16—19, der sich aber in unrichtigen Vermuthungen über die Geschichte ergeht. Denn die früher allgemeine Annahme, daß die Ausschließung der Weiber bei der Erbfolge in Stammgüter gemeines Recht des früheren Mittelalters gewesen, und daß die späteren Erbverzichte der Töchter nur Repressivmittel gegen das eindringende römische Recht gewesen seien, ist jetzt widerlegt. S. Reyscher in der Zeitschr. f. deutsches R. 6. Bd. S. 257 flg. Der Zusammenhang der Stammgüter mit dem Rechte der Erbgüter liegt vielmehr allein in der Veräußerungsbeschränkung durch eine Classe der nächsten Erben; die ausschließliche Successionsfähigkeit der Männer beruht dage-

güter, daß sie ausschließlich auf männliche Erben übergehen, so daß also bei Ermangelung männlicher Descendenten, sofern nicht die Agnaten ihre Ansprüche geltend machen, die Stammgutseigenschaft erlischt. Auch hier ist der Concurs als Fall echter Noth zu betrachten, in welchem die Revocationsrechte unwirksam sind [12]).

b) Die Familienfideicommisse [1]).

§. 83.

Das alte Recht der Erbgüter hat sich noch in einem anderen Institute verjüngt, in dem Familienfideicommisse. Die

---

gen auf den Ideen eines im funfzehnten Jahrhundert sich entwickelnden Adelsrechts, nach welchem zur Erhaltung des Familienglanzes eine Annäherung des Allods an das Lehen beliebt wurde. Wo hier nicht durch statutarische und Landes-Gesetze oder eine Fideicommißstiftung gewirkt wurde, waren Erbverzichte der Töchter allerdings nöthig, zu denen sich aber allmählig eine observanzmäßige Verpflichtung ausbildete, so daß sie bloße Scheingeschäfte wurden. S. unten §. 251. Die Urkunden, durch welche solche Stammgüter regulirt und erneuert werden (brüderliche Vergleiche, weibliche Verzichte, Theilungsrecesse u. s. w.), sind oft sehr undeutlich, und geben häufig das Bild eines unvollkommenen und unentwickelten Familienfideicommisses.

12) S. Eichhorn Einleit. §. 367 N. ff.

1) Ph. Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium. 1654. 4. Stryck tract. de successione ab intestato Diss. VII. F. A. v. Moshamm Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Verhältnisse bei teutschen Geschlechtsfideicommissen überhaupt und insbes. bei Erbverzichten und Regredienterbschaften. 1817. Dalwigk Vers. einer philos.-jur. Darstellung des Erbrechts. Th. III. C. v. Salza und Lichtenau die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideicommissen. 1838. (Dazu: Dieck in Schneider's krit. Jahrb. 1840. S. 305 flg.) Zimmerle das Stammgutssystem S. 277 flg. Eine neue dogmatische Untersuchung über das Institut s. bei Gerber in seinen und Jherings Jahrbüchern Bd. I (1857) S. 53 flg. Eine Darstellung analoger Verhältnisse von Familienstiftungen bei Gerber ebendas. Bd. 2 S. 351 flg. — S. Oesterr. Ges.-Buch §. 618—645. Pr. Landr. Th. II Tit. 4. Bayr. Edict über Familienfideicommisse v. 26. May 1818. Weimarisches Ges. v. 22. Apr. 1833. Hannov. Ges. v. 13. Apr. 1836.

Veräußerungsbeschränkung, welche der Adel nebst dem Vorzug der Söhne für seine Güter im Gegensatz der schon vor der Aufnahme des römischen Rechts immer allgemeiner anerkannten Gleichstellung der Söhne mit den Töchtern bewahrt hatte, wurde von den Juristen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts durch die Auffassung als eine fideicommissarische Substitution der Söhne gerechtfertigt[2]). Zu dieser Ansicht gesellte sich die Anwendung des von den italienischen Juristen[3]) für das Lehnrecht aufgefundenen Princips der successio ex pacto et providentia majorum auf diese so behandelten Stammgüter[4]), und es entstand daraus ein Institut, welches geeignet erschien, die Neigung zur Erhaltung des Familienglanzes zu befriedigen[5]). Denn aus dem genannten Grundsatze des auf

2) Vgl. z. B. Betsius in der Not. 4 angef. Schrift S. 596 und an vielen andern Stellen. Knipschildt a. a. O. S. 11: „— — indeque haec nostra fideicommissa familiarum Nobilium conservandarum causa constituta dicuntur, quod fidei possessoris alteri de familia restituenda committantur et demandentur."

3) Vgl. Accurs. ad II feud. 1 §. 1; Gl. ad II feud. 45 („hoc ideo contingit, quia potius principali providentia, quam ex judicio sive ex successione ad eum pervenit"), Gl. ad II feud. 45 § 1 („—deterior est conditio filiorum — quam agnatorum — quod mirum videtur, maxime cum paternum [adde: est feudum], quod potius principali providentia videtur ad eum pertinere debere, quam judicio defuncti").

4) Vgl. De Primogenitura tractatus — Jacobi a Saa et Ludovici Molinae. Hanoviae 1612 (12), durch welches Werk hindurch sich fortwährend das Princip der successio ex pacto et pr. m. hindurchzieht. Z. B. wird S. 202 flg. das Successionsrecht des Landesherrn nach der Primogenitur mit dem Successionsrechte in ein solches Stammgut gleichgestellt; nur daß statt der providentia majorum die voluntas und providentia reipublicae figurirt. Vgl. auch S. 196, S. 301 u. s. w. Vgl. auch Nic. Betsius tractatus de statutis, pactis et consuetudinib. famil. illustr. et nobil. Francofurt. 1611 (12) S. 758 flg. S. Eichhorn St.-u. Rechts-Gesch. §. 540.

5) Davon ist schon sehr früh die Rede, aber es scheint doch, als

die entferntesten Nachkommen erstreckbaren Willens des Constituenten ergab sich die Unveräußerlichkeit der Güter[6]); die Vererbung aber auf die ganze Nachkommenschaft war ein schon von selbst aus der Idee des Stammguts und der Analogie des Lehns hervorgehendes Princip, welches auch durch die Annahme der fideicommissarischen Substitution der Söhne, als einer bloß civilistischen Erklärungsart des Instituts, nicht gestört werden konnte[7]), obschon sie auf der andern Seite zur Sicherung des Vorzugs des Mannsstamms bei der Succession benutzt wurde. Die Behandlung dieses Verhältnisses als Fideicommiß fand noch besonders darin eine Unterstützung, daß man vorzüglich eine testamentarische Verfügung zur Gründung desselben für geeignet erklärte, der man später die autonomische Bestimmung des Adels und den Vertrag zur Seite stellte[8]). In der Verknüpfung dieser Einflüsse sind die wesentlichsten Elemente des Instituts in seiner heutigen Erscheinung gegeben. Sein Bildungsproceß ist der, daß die Jurisprudenz Jahrhunderte hindurch bemüht war, es als einzelnes Rechtsgeschäft mit den Mitteln des römischen Rechts in künst-

---

wenn die Erhaltung des Familienglanzes erst im funfzehnten und sechzehnten Jahrh. ein eigentliches Princip geworden sei.

6) Die Unveräußerlichkeit des Fideicommisses ist weit stärker als die bloße Veräußerungs**beschränkung** des Stammguts. Da sie aber die wesentlichste Eigenschaft der Fideicommisse ist, so wurden häufig die Stammgüter zu jenen durch bloße vertragsmäßige Veräußerungsverbote erhoben.

7) Betsius a. a. O. S. 405 und 406, der zwar selbst eine solche Ausdehnung der Unveräußerlichkeit des Fideicommisses über den vierten Grad nach der Nov. 159 entschieden mißbilligt, die von ihm bekämpfte Ansicht aber als die communis doctorum opinio referirt.

8) Vgl. Beseler Erbvertr. 3. Bd. S. 75 flg. S. die reiche Beispielsammlung von Erhebungen der Stammgüter zu Fideicommissen durch bloße vertragsmäßig festgesetzte Unveräußerlichkeit bei Hellfeld diss. de fideicomm. filiar. illustr. 1779 4. p. 30—50.

licher Weise[9]) aufrecht zu erhalten, bis es sich allmählig den Charakter eines selbstständigen Rechtsinstituts mit eigener innerer Berechtigung erworben hat.

§. 84.

Die Bestimmung, daß ein Gut unveräußerlich auf alle Geschlechtsfolger des Constituenten oder eines Dritten bis zum Ausgang des Stammes und Namens zur Erhaltung des Familienglanzes übergehen solle, begründet ein Familienfideicommiß[1]). Fähig zur Errichtung eines solchen ist im Zweifel Jeder, welcher Dispositionsbefug-

---

9) S. oben §. 29 und 37.

1) In diesen Puncten liegt zugleich das Charakteristische des Familienfideicommisses. Es ist daher diesem Institute nicht entsprechend, wenn das Bayer. Ges. von 1818 §. 1, das Oesterr. Ges.-B. §. 618 und das Pr. Landr. a. a. O. §. 23 auch die Bestimmung der Fideicommißqualität bloß für einzelne Geschlechter hierher zählt; dieß ist eine ungehörige Berücksichtigung des römischen successiven Vermächtnisses, welches mit unserm Institute in gar keinem Zusammenhange steht (s. Pfeiffer pract. Ausf. Bd. 3 S. 54). — Von dem bloßen Stammgute unterscheidet sich das Familienfideicommiß zunächst durch den Umstand, daß hier eine besondere, ausdrückliche Verfügung als die Quelle des Rechtsverhältnisses vorliegt, während dort altes Herkommen, Gewohnheitsrechte und Gesetz entscheiden, dann durch die gänzliche für alle Zeiten wirkende Unveräußerlichkeit, während bei den Stammgütern nur eine Veräußerungsbeschränkung zu Gunsten der Söhne und höchstens der zur Zeit der Alienation vorhandenen Agnaten stattfindet; endlich durch die successio ex pacto et pr. maj., welche den Uebergang des Fideicommisses auf die Anwärter mit ganz andern Wirkungen geschehen läßt, als der des Stammguts auf die Erben erzeugt. Eine besondere Successionsordnung (abgesehen von der ausschließlichen Berufung des Mannsstamms) ist dagegen für das Fideicommiß nicht charakteristisch, so oft sie auch vorkommt. Ebenso wenig ist der Gebrauch des Wortes „Fideicommiß" in der Constitutionsurkunde wesentlich. — Zu bemerken ist übrigens, daß die oben hervorgehobenen Puncte nur den Kern des Instituts ausmachen, an welchen sich vieles Andere anschließen kann.

niß über einen zur Gründung des Familienfideicommisses geeigneten Gegenstand hat[2]), während Particularrechte diese Fähigkeit bisweilen nur dem Adel zuschreiben[3]). Gegenstand des Fideicommisses kann nur eine dauernde, fruchttragende Sache, also Grundstücke oder Capitalien sein[4]), welchen jedoch auch andere Gegenstände als Fideicommißpertinenzen beigegeben werden können[5]); Particularrechte haben häufig die Fähigkeit einer Sache, Fideicommiß zu werden, an das Vorhandensein eines bestimmten Ertrags geknüpft[6]). Die Errichtung eines Familienfideicommisses geschieht durch den in einem Testamente[7]), Erbvertrage oder in einer sonstigen Stiftungsurkunde[8]) ausgesprochenen Willen des Constituenten[9]).

---

2) Darin liegt zugleich die Beschränkung durch die Rechte der Notherben ausgesprochen. S. Gerber im Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 S. 54 N. 19. Die Verwandlung eines Lehens in Fideicommiß setzt aus dem angef. Grunde Einwilligung sämmtlicher Interessenten (sofern sie nicht an sich verbunden sind, die Verfügung des Disponenten anzuerkennen, z. B. Söhne) voraus; wer aber ein solcher sei, ist nach der Besonderheit des einzelnen Falles zu beurtheilen; oft wird es sich hier nur um eine Veränderung der Successionsordnung handeln. Siehe die abweichenden Bestimmungen des Pr. Landr. a. a. O. §. 50 und des Bayer. Ed. §. 4. Eichhorn Einl. §. 368 N. g. Am meisten ist diese Umwandlung des Lehns erleichtert im angef. Hannöv. Ges. §. 29.

3) Bayer. Edict §. 1.

4) Vgl. Weimar. Ges. §. 6.

5) z. B. Kleinodien, Bibliotheken. S. Pr. Landr. §. 60, 61.

6) S. Bayer. Ed. §. 2. Pr. Landr. §. 48 und 49.

7) In diesem Falle kann die Fideicommißstiftung natürlich vom Testator freiwillig widerrufen werden, selbst wenn die Bestätigung desselben schon erfolgt wäre. Vgl. österr. Ges.-B. §. 628, welches noch weiter geht.

8) Ein Vertrag ist nur dann und nur insoweit erforderlich, als es sich um die Veränderung schon bestehender Rechte der Familienglieder handelt. S. N. 2.

9) Gerber a. a. O. (Jahrbücher Bd. 1) S. 89 flg. Wenn man früher (Runde Lehrb. des Pr.-R. §. 693. 694) Familienfideicommisse

Fast allgemein ist ferner die Einholung der richterlichen oder landesherrlichen Bestätigung und eine gewisse Publicität vorgeschrieben[10]); diesen Acten geht in der Regel ein Aufruf an die etwaigen Interessenten zur Wahrung ihrer Rechte voran.

Der durch die Stiftung berufene Inhaber des Fideicommisses ist wahrer Eigenthümer desselben[11]). Eine Beschränkung seines Rechts liegt jedoch darin, daß das künftige Schicksal des Fideicommisses schon durch den Willen des Stifters bestimmt ist; daher ist jede Veräußerung (Verpfändung und dauernde dingliche Belastung) des Guts nichtig, und es kann von den Anwärtern[12]) das veräußerte Fideicom-

---

durch Observanz entstehen lassen wollte, so beruhte dieß auf irrthümlicher Verwechslung mit der durch observanzmäßige Verzichte der Töchter gesicherten Stammgutserbfolge. S. Eichhorn Einl. §. 368. N. Die Form der Errichtung eines Familienfideicommisses bei dem hohen Adel des Art. 14 der B.-Acte ist keine andere, da die Autonomie desselben keine gesetzgebende Gewalt ist. S. oben §. 29.

10) Pr. Landr. a. a. O. §. 62 flg. Bayer. Edict §. 17 flg. Oesterr. Ges.-B. Art. 627. Hannöv. Ges. §. 36. Weimar. Ges. §. 1. Haubold Sächs. R. §. 394. Kurfürstl. Sächs. Erl. Proc.-Ordn. Tit. XLV §. 7. Es geschieht dann auch die Eintragung in die öffentlichen Bücher (Bayer. Ed. §. 22. Hannöv. Ges. §. 36), welche hie und da vorgeschrieben ist, sich aber auch von selbst versteht. Theils durch diese Bestätigung, theils durch die bestehende Rechtsvorschrift, welche bei dem Institute des Fideicommisses die Unveräußerlichkeit festsetzt, erledigt sich jedes Bedenken gegen die Wirksamkeit des in der Disposition ausgesprochenen Veräußerungsverbots.

11) Vgl. Duncker Gesammteigenthum S. 115, wo auch die entgegengesetzten Ansichten widerlegt sind, welche regelmäßig auf ein Gesammteigenthum oder Obereigenthum der Familie und ein bloßes Nutzeigenthum des Inhabers hinausgehen, eine Theorie, welche auch das Bayer. Edict §. 43—44, das Oesterr. Ges.-B. §. 629 und das Pr. Landr. §. 73 bestätigen. Eine nähere Begründung dieses Eigenthums s. bei Gerber a. a. O. S. 74 flg.

12) Und zwar auch von den Nachgebornen, was freilich von Salza und Lichtenau a. a. O. S. 160 und die das. Not. b Angef. ohne Rechtsgrund in Abrede stellen. Selbst der Erbe und selbst der Sohn hat hier

miß zur Zeit des Anfalls mit einer gewöhnlichen Vindication [13]) zurückgefordert werden; auch kann deshalb der Inhaber das Fideicommiß nicht mit Schulden belasten, welche der Nachfolger, sofern er nicht zugleich außerdem Erbe ist, anzuerkennen brauchte, und für welche die Substanz des Gutes selbst [14]) haftete. — Jene Bestimmung des Fideicommisses hat aber nicht bloß diese *negative* Seite, sondern sie äußert auch eine bedeutende *positive* Wirkung, indem sie dem jeweiligen Besitzer eine eigenthümliche Sphäre des Handelns in Pflichten und Rechten eröffnet. *Verpflichtet* ist er, das Fideicommiß so zu erhalten, daß es auf seine Nachfolger in ursprünglicher Integrität übergeht; daher muß er die laufenden, regelmäßig wiederkehrenden und durch den Fruchtgenuß aufgewogenen Reparaturen und Auslagen aus eigenen Mitteln bestreiten, und erst der Aufwand, welcher diese Verpflichtung überschreitet, kann nach den Grundsätzen des Impensenersatzes von den Allodialerben zurückverlangt werden, wie sie umgekehrt die aus einer Vernachlässigung jener Pflicht entstandenen Deteriorationen vergüten müssen. Der jeweilige Inhaber ist jedoch auch zu einem selbstständigen *Handeln* berechtigt, welches seine Nachfolger vermöge ihres successiven Erbrechtes verbindet. Er darf nämlich da, wo es sich um eine Leistung handelt, welche zur Erhaltung (oder Wiederherstellung) des Familienfideicommisses im Ganzen oder in seinen Theilen durch

---

ein Revocationsrecht, da er in dieser Beziehung nicht an den Willen seines Vaters gebunden sein kann. Von einer Analogie der singulären Bestimmung in II. feud. 45 kann nicht wohl die Rede sein. A. M. Eichhorn S. 880. S. auch Pfeiffer verm. Aufsätze über Gegenst. d. röm. und deutsch. Privatr. 1803 S. 21 flg.

13) Die Anwärter werden aber immer wohl thun, wenn sie schon jetzt ihr künftiges Vindicationsrecht durch einen Protest wahren.

14) Es haften nur die Früchte des Guts während der Dauer des Besitzes durch den Schuldner.

einen außerordentlichen Aufwand nothwendig ist, in den Bereich des Fideicommißvermögens eine Schuld aufnehmen, welche auf die Fideicommißfolger als solche übergeht, und für welche auch die Substanz des Fideicommisses haftet. Dieß ist eine Nachstiftung, zu der jeder Inhaber unter Voraussetzung ihrer materiellen Gründe nach dem Willen des ursprünglichen Stifters berechtigt ist. Sie verbindet die Nachfolger in derselben Weise, wie eine schon vom Stifter in den Vermögenskreis der Stiftung aufgenommene Schuld [15]). Die Anwärter haben vor dem Anfalle keine weitere Berechtigung, als die der Intervention in Rechtsstreitigkeiten, welche das Fideicommiß betreffen und von dem dazu legitimirten Inhaber des Guts geführt werden [16]), sofern ihnen nicht Particularrechte weitergehende Befugnisse zur Sicherung ihrer Interessen ausdrücklich gewähren [17]).

Ein Familienfideicommiß kann nicht durch Einwilligung der lebenden Interessenten aufgehoben oder in seinen wesentlichen Eigenschaften verändert werden, weil auch der übereinstimmende Wille sämmtlicher gegenwärtiger Nachfolger doch nur ein durch die Stiftung beschränkter ist, und deshalb keine mit dem Willen des Constituenten gleich starke Wirksamkeit

---

15) Vgl. über diese Lehre Gerber über Lehns- und Familienfideicommißschulden in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß. N. F. 11. Bd. 2. Heft. In Bezug auf das weitere Detail s. unten die Lehre von den Lehnsschnlden (§. 132. 133), welche in den meisten Puncten ganz analog ist. Es fehlte dieser Lehre bisher an einer festen juristischen Construction, da man sich meistens mit dem unhaltbaren Principe der in rem versio zu helfen suchte. Particularrechte haben hier bisweilen abweichende Vorschriften. Besonders schreiben sie oft Bestätigung des Gerichts oder Ministeriums vor.

16) Urtheile und Vergleiche, welche in einem solchen Processe ergehen, sind natürlich auch von den Successoren anzuerkennen, da der Proceßführer wirklicher Eigenthümer war.

17) Vgl. Bayer. Ed. §. 71.

haben kann. Die Vertretung der ungeborenen Nachfolger aber durch einen dazu bestellten Curator beruht auf einer willkürlichen Fiction, welche nur den Schein des Rechts zu retten vermag; und die Bestätigung einer solchen Aufhebung des Fideicommisses durch die Staatsgewalt würde keine Purification des Unrechts sein können [18]). Dessen ungeachtet haben die Particularrechte einzelner Länder [19]) die eine oder andere der genannten Arten als wirkliche Mittel zur Aufhebung von Fideicommissen anerkannt. Eine wahre Aufhebung von Fideicommissen tritt nur dann ein, wenn sie in die Hand des letz-

---

18) Der einen oder andern der entgegengesetzten Ansichten schließen sich freilich die meisten Schriftsteller an, offenbar mehr durch die Billigkeitsrücksichten, welche die Möglichkeit einer Veränderung oder Aufhebung des Fideicommisses empfehlen, als durch Rechtsgrundsätze geleitet. Vgl. Knipschildt de fideic. fam. Cap. 11 Nr. 151. Kreitmayr ad Cod. Max. Bav. civ. T. III Cap. 10 §. 24. Hellfeld de fideicomm. si alienat. sunt revoc. (1779. 4.) p. 60 sq. Selbst Eichhorn Einl. S. 886 nimmt eine Aufhebung durch die Staatsgewalt an. Richtig Mittermaier Grundf. §. 158, XI. — Der übereinstimmende Wille der Interessenten würde nur dann zur Aufhebung des Fideicommisses wirksam sein können, wenn er die Summe von Verzichten jedes einzelnen jetzt und zukünftig einmal Berechtigten darstellte, indem dann kein weiterer Berechtigter vorhanden wäre.

19) Vgl. Bayer. Ed. §. 97 Oesterr. Gesetzb. 644. Preuß. Ges. v. 15. Febr. 1840 (Gesetzsamml. S. 20 flg.). Haubold sächs. Privatr. §. 395. Braunschw. Ges. v. 28. März 1837. §. 24. Weimar. Ges. v. 22. Mai 1826. §. 1. Nach manchen Gesetzen muß jedoch streng zwischen Aufhebung und bloßen Veränderungen geschieden werden; oft wird eine unwesentliche Veränderung leichter gestattet, z. B. im angef. Weim. Gesetz; was eine solche sei, muß das Ermessen des Richters im einzelnen Falle entscheiden. Besonders wichtig ist dabei die Berücksichtigung, ob jede Veräußerung, auch die der einzelnen Linien unter einander, oder nur die Veräußerung aus der Familie verboten ist. Vgl. v. Salza a. a. O. §. 15. — Damit sind jedoch überall diejenigen Verfügungen des Fideicommißinhabers nicht zu verwechseln, welche die Erhaltung, Verbesserung und folgeweise auch Veränderung des Fideicommißguts betreffen, so weit sie als bloße nützliche Verwaltungsmaßregeln erscheinen.

ten vom Stifter gerufenen Nachfolgers gelangen, was sich freilich mit Sicherheit erst nach dessen Tode entscheidet[20]).

B. Beschränkung des Gebrauchs und der Benutzung[1]).

1) Beim Eigenthum an Waldungen.

§. 85.

Die Geschichte des Waldeigenthums in Deutschland zeigt zwar, daß es den Landesherrn auf den verschiedensten Wegen gelungen ist, einen großen Theil der Wälder ihrer Territorien zu erwerben[2]), aber niemals hat sich daraus eine den Eigenthumserwerb an Waldungen ausschließende Regalität[3]) ent-

---

20) In der Hand des letzten Besitzers wird das Fideicommiß wieder freies Eigenthum. Wer der letzte Besitzer sei, ist nach Verschiedenheit der Stiftung zu beantworten, indem manche auch die Cognaten nach Abgang des Mannsstammes berufen. Ob dann die dem Stifter am Nächsten Verwandten oder die dem letzten Besitzer am Nächsten Stehenden berechtigt sind, ist im Erbrecht zu entscheiden. S. unten §. 274. Vgl. Bornemann preuß. Civilrecht Bd. 6 S. 382. — Da erst mit dem Tode des letzten Besitzers die Gewißheit eintritt, daß keine Nachkommen mehr zu erwarten sind, so ist allerdings nur eine Verfügung von Todeswegen über das Fideicommiß die allein sichere. Aber auch in diesem Falle, sowie in dem Falle der Intestaterbfolge sind gerichtliche Edictalien erforderlich.

1) Ausgeschlossen bleiben hier die durch Servituten und andere bingliche Rechte bewirkten Beschränkungen.

2) Die wirksamste Art der Waldoccupation war die ursprünglich vom König und später auch von den Landesherrn ausgeübte Inforestirung oder Erhebung eines Waldes zum Bannforst. Obschon diese Abschließung da, wo es sich um einen bisher von den umliegenden Einwohnern gemeinschaftlich und regellos benutzten Wald handelte, nicht eigentlich den Sinn einer gänzlichen Occupation haben sollte, so ist dieß doch später für solche Fälle überall angenommen worden, und die Nutzungen der Privaten sanken zu bloßen Servituten herab. Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 199. 362. Dessen Einleitung z. Deutsch Pr.-R. §. 281. Besonders wichtig ist hier auch der Uebergang des Eigenthums an markgenossenschaftlichen Waldungen auf die Landesherrn, wie er in verschiedener Weise statt fand. S. Grimm Rechtsalterth. S. 247 u. 248.

3) Die früher und noch jetzt sehr allgemeine Behauptung der Exi-

wickelt. Die Anhäufung des Waldeigenthums in der Hand des Landesherrn beruht daher auf keiner principiellen Ursache, sondern auf historischen Zufälligkeiten, welche freilich in allen Ländern Deutschlands durch übereinstimmende Interessen und Zustände gleichmäßig hervorgerufen wurden. Obschon sich hiernach das Privateigenthum [4]) an Waldungen an sich von dem Eigenthum an anderen Gegenständen nicht unterscheidet, so ist doch die Ausübung jenes eine vielfach beschränktere, indem hier die, bei der Ausübung aller Privatrechte möglicherweise wirksame, Polizeigewalt der Staates wegen des ganz besonderen Interesses der Waldungen für das Gemeinwohl in nachdrücklicherer Einwirkung hervortritt [5]). Diese Einwirkung kann theils gesetzlich bestimmt sein [6]), theils durch die Verhält-

stenz eines Forstregals, gegen welche hauptsächlich Maurenbrecher Lehrb. §. 178 ankämpfte, beruht auf der irrigen Erhebung des fiscalischen Waldeigenthums zu einem Hoheitsrechte, und der privatrechtlichen Auffassung des wirklichen landespolizeilichen Oberaufsichtsrechts. Daher die Protestationen der Stände gegen die willkürliche Ausdehnung jener Rechte. Vgl. Noe Meurer Forst- und Jagdrecht. 1576. Fol. Beck de jurisdict. forest., von der Forstl. Obrigkeit. 1733. 4. Uebrigens mag nicht unerwähnt bleiben, daß ein fiscalisches Recht auf alle Eichen als vereinzelte particuläre Erscheinung wirklich bestanden hat.

4) Es bedarf hier kaum der Bemerkung, daß sich noch immer ein großer Theil der Waldungen in Deutschland im ausschließlichen Privateigenthum von Gemeinden und Privaten befindet.

5) Das Hauptmotiv ist hierbei Verhütung von Holzmangel, welcher durch schlechte und eigennützige Behandlung eines Waldes entstehen würde.

6) Durch s. g. Forstordnungen, z. B. die §. 83—95 im Preuß. Landrecht I, 8. Preuß. Forstinstruct. v. 14. Aug. 1814. Sächs. Forst- und Holzordn. v. 8. Sept. 1560. Sächs. Generale v. 28. May 1732 und v. 2. Aug. 1763. Braunschw. Forstordn. v. 1591. Bayer. Forstordn. v. 1616. Badisches Forstges. v. 1833. Oesterr. Waldordnung für Tyrol v. 1839. Oldenb. Forstordn. v. 1840. Altenb. Ges. v. 1841. Solche Forstordnungen kommen fast in allen Ländern vor. Sammlungen derselben sind: Ahasv. Fritsch corpus jur. venatorio-forestalis 1702.

nisse des einzelnen Falls veranlaßt werden. Sie beschränkt die freie Disposition des Waldeigenthümers, indem sie nicht allein gänzlichen Verwüstungen der Wälder vorbeugt, sondern oft auch die bloße Waldcultur an die allgemeinen Forstbetriebsgrundsätze bindet[7]). Der Inhalt und Umfang der Forsthoheit ist jedoch in den einzelnen Particularrechten sehr verschieden bestimmt.

2) Beim Eigenthum an Grundstücken.

§. 86.

Es sind hier zu erwähnen die Beschränkungen des Grundeigenthums durch die Befugniß Dritter, auf fremden Grundstücken nach Fossilien zu suchen (Schürffreiheit[1])), und durch die Verpflichtung, die Benutzung des an einen schiffbaren Fluß anstoßenden Theils des Grundstücks zum Leinpfad zu dulden[2]);

Fol. Müllenkampf Sammlung der Forstordnungen verschiedener Länder. 2 Thle. 1791 u. 1796. Sammlungen der Forstgesetze für Baden sind von Behlen und Laurop (1827), für Würtemberg von Schmidlein (1822), für Sachsen im Codex Augusteus system. venatorio-forestalis (1792) herausgegeben. Vgl. überhaupt Mittermaier Grundſ. §. 206 N. 9.

7) Vgl. Mittermaier §. 208. Jedoch beschränkt sich diese Einwirkung der Landespolizei nur auf Wälder von größerem Umfang, oft nur auf Wälder der Gemeinden, Stiftungen und Bauern, während den adligen Waldbesitzern wenigstens freiere Hand gelassen wird, was besonders für die Mediatisirten gilt, welchen durch die deutsche Bundesacte ohnehin die Forstpolizei garantirt ist. Wie weit die Staatsgewalt in ihrer polizeilichen Einwirkung auf Privatwaldungen gehen darf, ist freilich eine bloße Administrativfrage; eine Rechtsfrage würde daraus entstehen, wenn nicht das allgemeine Staatswohl als Motiv aufgeworfen und das Eigenthum als solches beeinträchtigt würde. — Ganz verschieden von dieser Forsthoheit ist die unlogischer Weise regelmäßig hierher gezogene Forstgerichtsbarkeit des Staats, welche nur eine gewöhnliche Art der Strafgerichtsbarkeit ist.

1) Das Nähere in einem anderen Zusammenhange im §. 95. Vgl. Schneider österr. Bergrecht (1848) S. 117 u. 123 flg.

2) Die Benutzung des Leinpfads geschieht jedoch bloß im Interesse

eine fernere Beschränkung des Eigenthums an Grundstücken ist vorhanden, wenn ausnahmsweise sich das Mühlenregal auch auf die Mühlen an Privatflüssen und Wind- oder Dampfmühlen erstreckt[3]), deren Anlage auf dem eigenen Grundstücke dann durch den Erwerb eines Privilegiums (Mühlengerechtigkeit) bedingt ist. Es gehören weiter hierher die sogenannten Legalservituten, von denen das deutsche Recht als gemeinrechtliche nur die Berechtigung eines Grundeigenthümers kennt, gegen Entschädigung die Gestattung eines Wegerechts über das nachbarliche Grundstück zu fordern, sofern außerdem die Benutzung seines eigenen unmöglich sein würde[4]); particularrechtlich wird auch dem Grundeigenthümer gestattet, auf des Nachbars Grundstück seinen Pflug umzukehren (Anwenderecht[5])), dasselbe zum Zwecke des Baues oder der Wiederherstellung eines angränzenden Gebäudes zu betreten (Hammerschlags-

der Schifffahrt (z. B. Ziehen des Schiffs, Abladen der Waaren), nicht der Fischerei. Vgl. z. B. Pr. Landr. II, 15 §. 57—60, wo aber inconsequenter Weise selbst bei einer durch ordnungsmäßigen Gebrauch des Leinpfads entstehenden Uferbeschädigung eine Entschädigungspflicht anerkannt wird.

3) Dieß scheint z. B. der Fall zu sein in Sachsen nach Haubold Sächs. Privatr. §. 366, wofern hier nicht etwa eine irrige Verwechslung der polizeilichen Concession mit der Erwerbung einer regalen Gerechtigkeit vorliegt. Vgl. Mittermaier §. 237 N. 2.

4) S. die bei Glück Pandectencommentar Bd. 9 §. 628 Citirten. Ferner Hesse über die Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn Bd. 2 Abth. 2 (1862) S. 211 flg. Das Bochumer Landrecht §. 31 sagt: „wer sein Land düngen will und hat dazu keinen Düngweg, der soll klimmen auf sein achterste Haus oder Bergfried und suchen den nähesten Weg, den minsten schaden, und belegen den Weg mit Garben." S. Kraut Grundr. §. 119 Not. 11—16. A. A. Beseler System II. §. 91 N. 6.

5) S. Thomas Fuldaisches Privatrecht I, S. 259. In manchen Gegenden heißt es auch „Trepprecht." — Ganz mit Unrecht wird hier oft angeführt das Pr. Landr. I, 8 § 118. S. Monzinger Gerichtsbuch bei Senckenberg Corp. jur. Germ. Tom. I P. II p. 55 und Reyscher Würtemb. Privatr. Bd. 2 S. 9.

recht[6])) und in gleicher Absicht Gerüste darauf zu erheben (Leiterrecht[7])). Endlich ist der Grundeigenthümer auch nach Particularrechten verpflichtet, Zäune und Baumpflanzungen in einer gewissen Entfernung vom nachbarlichen Grundstück zu halten[8]), und die ordnungsmäßige Ausübung des Jagdrechts zu leiden[9]).

3) Beim Eigenthum an Gebäuden.

§. 87.

Die Errichtung oder Veränderung von Gebäuden ist heutzutage überall an die Beobachtung polizeilicher Vorschriften geknüpft, welche zur Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt (zum Zwecke der Sicherung vor Feuersgefahr, der Herstellung breiter, gesunder Straßen u. s. w.) ertheilt worden sind; der Inhalt dieser Bauordnungen ist jedoch particularrechtlich im Einzelnen sehr verschieden[1]). Auch die Verhältnisse der nachbarlichen Gebäudeeigenthümer sind nicht selten schon durch angemessene gesetzliche Bestimmungen regulirt, welche theils den Ablauf der Traufe[2]), theils die Wahrung des Lichtes betreffen. In letzterer Beziehung wird particularrechtlich das Verbauen des

---

6) Klöntrupp Handbuch der Rechte — von Osnabrück. Bd. II. S. 135. Hesse a. a. O. S. 222.

7) S. Provinzialrecht von Berg §. 28.

8) S. Wachtgerichtsordnung bei Walch Beiträge z. deutsch. R. Bd. 8 S. 216. Monzinger Gerichtsbuch a. a. O. S. 56. Delbrücker Landr. S. 24 (abgedruckt bei Kraut a. a. O. Not. 6—8). Ueberhängende Aeste und Bäume kann man abhauen. S. Kraut §. 96 N. 13—16. Vgl. unten §. 91.

9) Vgl. unten §. 93.

1) S. Reyscher würtemb. Privatr. II. §. 284. Pr. Landr. I, 8 §. 65—82. Lüb. Recht III, 12 Art. 9. Orth Anmerk. zur Frankf. Reform III. Thl. S. 410. Nürnb. Reform. Tit. 26 u. a. m. Hesse a. dem im vor. §. a. O. S. 266 flg.

2) Vgl. schon Sachsensp. III, 49 §. 1: „Iz ne mut neman sin ovese hengen in eynis anderen mannis hof."

Tageslichts für das Nachbarhaus beschränkt[3]) und die Anlegung von Fenstern durch besondere Bestimmungen geordnet, welche jedoch bald die natürliche Freiheit des Eigenthums in dieser Beziehung anerkennen[4]), bald die Anlegung von Fenstern, welche in des Nachbars Raum gerichtet sind, verbieten[5]) und bloße Oeffnungen zum Empfang von Licht und Luft gestatten. Auch ist die schon in den Quellen des Mittelalters[6]) gegebene Bestimmung, daß Anstalten von besonders unangenehmer Wirkung in einer bestimmten Entfernung vom nachbarlichen Raume errichtet werden sollen, in neuern Particularrechten[7]) festgehalten worden.

II. Erwerb des Eigenthums.

Allgemeines.

§. 88.

Das deutsche Recht hat sich in dieser Lehre, deren Grundzüge jedoch heutzutage durch das römische Recht gegeben wer-

---

3) Vgl. Hamb. Statut. II, 20, 8.

4) z. B. Pr. Landr. I, 8 §. 137.

5) S. Lüb. Recht III, 12 Art. 13. Hamb. Statut a. a. O. Frankfurt. Reform Th. 8 Tit. 7 §. 2. Statut bei Pufendorf obs. jur. Tom. 2. (app.) p. 224. 225. Schon der Sachsensp. (Cod. Quedlinb.) II, 49 §. 1 sagt: „noch nichen Fenster soll man haben in eynes mannes Hof." Regelmäßig beziehen sich diese Verbote nur auf die Errichtung neuer Fenster. Vgl. überhaupt Pfeiffer pract. Ausführ. IV N. 1. Hesse a. a. O. S. 291 flg.

6) Sachsensp. II, 51 §. 1: „Oven u. gang und swinekoben solen dre vote van me tune stan." Die Stelle wird fast in allen sächs. und verwandten Rechtsbüchern und Statuten wiederholt; vgl. z. B. Stadtrecht von Prag bei Rößler Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren Bd. 1 (1845) S. 150. (S. auch S. Weichbild 122, 124.) Sowohl aus den Versinnlichungen der Bilderhandschriften als aus den mehrfachen Umschreibungen nachahmender Statute geht deutlich hervor, daß unter „gängen" nicht Kloaken, sondern geheime Gemächer zu verstehen sind.

7) Vgl. Pr. Landr. I, 8 §. 125 flg.

den, in einzelnen wichtigen Eigenthümlichkeiten behauptet. Dieß gilt ganz besonders von dem Erfordernisse der Publicität bei dem derivativen Erwerbe des Eigenthums an Grundstücken, wodurch dem dinglichen Rechtsprincip wenigstens in dieser Anwendung erst eine innere Vollendung gegeben wird [1]). Alle Erwerbsarten des Eigenthums, bei denen der solenne Anfang fehlt, erscheinen dem deutschen Rechte in ihrer Anwendung auf Grundstücke als Anomalieen und eigentlich nur für das geringer geachtete und die Durchführung der Dinglichkeit im obigen Sinne nicht erfordernde Mobiliarvermögen geeignet.

Die früher gemeinrechtlichen Beschränkungen der Fähigkeit zum Erwerbe des Grundeigenthums 1) der Fremden [2]), 2) der Juden [3]) und 3) der todten Hand [4]), d. h. geistlicher Stifter, Klöster und Kirchen, sind heutzutage theils ganz weggefallen, theils nur particularrechtlich festgehalten worden. Außerdem kennt das deutsche Recht noch mehrere indirecte Erwerbsbeschränkungen, deren Darstellung jedoch erst im Zusammenhange der Lehre von den Rechten an Handlungen gegeben werden kann (§. 175—177).

A. Derivativer Erwerb.

Gerichtliche Auflassung [1]).

§. 89.

Es ist eine seit den Anfängen der Entwickelung des deut-

---

1) Siehe Lenz Studien und Kritiken (1847) S. 34 flg.

2) Art. 18 der deutschen Bundesacte hebt diese Beschränkung wenigstens für die deutschen Unterthanen im Gebiete des deutschen Bundes auf. Siehe später die Lehre von der Land- und Marklosung.

3) Vgl. oben §. 45.

4) Diese Beschränkung beruht auf dem Motiv, das Grundeigenthum dem Verkehr und Steuerfiscus zu erhalten. S. Pr. Landr. II, 11 §. 194. Solche gesetzliche Bestimmungen heißen Amortisationsgesetze. S. Moshamm über Amortisationsgesetze bes. in Bayern 1798.

1) Daß die gerichtliche Auflassung auch bei anderen dinglichen

schen Rechts bis auf die Gegenwart in ununterbrochenem Zusammenhange nachweisbare Rechtsvorschrift, daß die Uebertragung des Grundeigenthums öffentlich, d. h. in der Regel unter der Auctorität des Gerichts geschehen müsse[2]). Noch im späteren Mittelalter[3]) war die deshalb angewandte Form die gerichtliche Auflassung (vestitura, investitura[4])), d. h. die feierliche, oft durch Symbole[5]) gesteigerte Erklärung des Uebertragenden vor dem Gerichte, daß er sein Recht aufgebe,

---

Rechten an Grundstücken, als dem Eigenthum vorkam und noch vorkommt, ist an den einzelnen betreffenden Stellen auszuführen.

2) Ob die Uebertragung des Grundeigenthums schon in der älteren germanischen Zeit gerichtlich geschehen mußte, oder ob sie auch vor Zeugen erfolgen konnte, und in welchen Fällen und bei welchen Volksstämmen dieß zulässig war; ferner ob in der ältesten Zeit der gerichtliche Act traditio, der Act der Einweisung aber investitura geheißen habe, oder umgekehrt, darüber wird ein noch immer nicht entschiedener Streit geführt. S. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 59a. Albrecht Gewere S. 63 flg. Grimm Rechtsalterth. S. 554 flg. Beseler Erbvertr. 1 §. 4. Einen Versuch, aus der Menge der sich widersprechenden Quellenerzeugnisse das Bild einer geschichtlichen Entwickelung zu gewinnen, hat gemacht Sandhaas germanistische Abhandlungen 1852. Nr. 1. S. auch Walter Rechtsgeschichte §. 544 flg.

3) S. Sachsenspiegel B. 1 Art. 52. Schwabenspiegel (W.) 349. Sächs. Weichb. Art. 20. Verm. Sachsensp. I, 45, 1. Sächs. Lehnrecht 39 §. 1. Siehe besonders die reiche Urkundensammlung bei Kraut Grundriß §. 97 (110). Außer dem öffentlichen Interesse, welches die Auflassung vor dem Echteding forderte, mochte namentlich auch die Sicherheit des Erwerbs und des Rechts durch leichten Beweis seiner Entstehung, die Pflicht des Veräußerers den Erwerber zu vertreten oder Eviction zu leisten, die nach Jahr und Tag eintretende rechte Gewere und dergl. mehr diesen Act empfehlen.

4) Diese Ausdrücke bezeichnen die Einkleidung in den Besitz im Gegensatz der Auskleidung des Veräußerers. S. Grimm Rechtsalterth. S. 556. Manche nennen dieß für das ältere Recht *traditio*, und die körperliche Besitzeinweisung *investitura*. S. die in der Note 2 Citirten.

5) z. B. Darreichung eines Halms, Zweigs, einer Scholle u. s. w. Daher die Bezeichnungen der Auflassung im älteren Rechte durch die

welcher dann eine angemessene, die Annahme des aufgelassenen Rechts ausdrückende Gegenerklärung des Erwerbers entsprach. An diese das Recht an der Sache übertragende[6]) Handlung knüpfte sich dann regelmäßig das Friedewirken[7]) des neu erworbenen Rechts durch den Richter, und eine (bisweilen auch der Investitur vorangehende) bald mehr, bald weniger feierliche[8]) körperliche Einweisung des Erwerbers in den Besitz des übertragenen Grundstücks. Diese Auflassung, welche sich (ausgenommen beim Lehnrechte) nur noch particularrechtlich erhalten hat, wurde nach Einrichtung der städtischen Gerichte mit der den neuen Verhältnissen entsprechenderen Form vertauscht, daß das Geschäft in das öffentliche

---

Worte: adrhamitio, effestucatio, affatomie, scotatio, traditio per andelangum etc. S. Grimm a. a. O. S. 109. Sandhaas a. a. O. S. 41 flg. Michelsen, über die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik (1856), weist die Bedeutung und den inneren Zusammenhang dieser Symbole nach. Noch spät kommen solche Symbole vor, z. B. im Rugianischen Landbrauch Math. v. Normanns (1777. 4.) S. 274, 275. S. auch die Urkunden bei Kraut a. a. O. — Oft wurde die Auflassung auch durch eine Mittelsperson („zu getreuer Hand"), einen Salmann, der größeren Sicherheit wegen vollzogen. Daher „saalmanisch Eigen." S. über eine noch jetzt geltende Form Baumeister Hamburg. Privatr. I. S. 205 fl. — Die gewöhnliche Auflassung an den Richter wird noch spät Uebergabe mit Hand und Mund genannt.

6) Sachsensp. I. 9: „Swer auch dem andern gut in sind gewere let, e ers ime uflaze, her sal in der gewere vorsten, die wile erz ime nicht ufgelazen hat, swenne her siner gewerschaft bedarf."

7) Siehe die interessante Stelle im vermehrten Sachsenspiegel (Ortloff) I, 31.

8) Sachsensp. III, 83 §. 1: „Svat man enem manne oder wive gift, dat sollen sie besitten dre tage." Glosse zum S. Weichb. Art. 30. S. Weichb. Art. 20. Diese Besitzeinweisung geschah durch den Richter oder vor Zeugen; die im Sachsenspiegel an der angeführten Stelle erwähnte dreitägige Besitznahme erschien als die Realisirung des Rechts, wofür auch andere symbolische Eigenthumshandlungen vorkommen. S. Beseler a. a. O. S. 32 u. 33. Sandhaas a. a. O. S. 49 flg.

Gerichtsbuch eingetragen [9]), und später auch, daß es durch den Richter bestätigt werden mußte [10]). Auch die Gesetzgebungen der neueren Zeit haben in der Annahme dieser Vorschrift das Princip der Oeffentlichkeit der Uebertragung des Grundeigenthums anerkannt, obschon die sichtbaren Motive dieser Bestimmung weniger einen privatrechtlichen als einen polizeilichen Charakter haben [11]), und daher auch die an die

---

9) S. z. B. das Hamburg. Statut v. 1270 Nr. 1 §. 6. (S. Lappenberg Hamb. Rechtsalterth. 1. Bd. (1845) S. 4): „So we sin Erve verkofft, de schal dem andern dat uplaten vor dem Rade, so wen id em vorgulden ist, — und scoll id darmede scriven laten in der Stadt Erve-Bock, und weme sin Erve upgelaten ward, de schall jummer Borgen nemen, dat he gewahret werde Jaer und Dag, und breke eme wat in der Warschup, dat schall de Bürge uprichten." Ebenso im Hamburger Statut v. 1292 bei Lappenberg a. a. O. S. 105, und im Statut v. 1497 ebendas. S. 236. S. überhaupt Baumeister Hamb. Privatr. I S. 125 flg. Ueber andere Städte s. Mittermaier Grunds. §. 160 Not. 18.

10) Siehe ein interessantes Beispiel dieser Entwickelung bei Wächter Handbuch des Würtemb. Privatr. 1. Bd. S. 303 u. S. 487.

11) S. z. B. die Kurbraunschw.-Lüneb. Verordn. v. 6. Oct. 1712 (Corp. const. Calenb. cap. 2 p. 633): „Nachdem die Erfahrung gegeben, wie bei denen meisten Städten — die übele Gewohnheit eingerissen, daß die Bürgergüter ohne Wissen der Obrigkeit des Orts — alienirt worden; daraus aber erfolget, daß die Feldmarken und Gränzen verwirret und in Unordnung gebracht, die Catastra derer Städte gar sehr confundiret — und geschwächt, die davon gehörigen Schosse und andere onera publica nicht richtig bezahlet worden, oder wohl gar zurückgeblieben, nicht weniger die Eigenthumsherrn mit der Zeit unbekannt — worden. Daß wir demnach zur Verhütung solcher Unordnungen — zu verordnen der Nothdurft erachtet, — daß von nun an überall keine bürgerliche Häuser, Aecker, Gärten, Wiesen oder andere unbewegliche Bürgergüter — — ohne Vorwissen und vorhergegangene Anmeldung an die ordentliche Stadt-Obrigkeit — veräußert — werden solle — —." Das hauptsächlichste Motiv, welches jetzt der Concurrenz des Gerichts untergelegt wurde, war das Interesse der Obrigkeit und des Gutsherrn, zu wissen, an wen sie sich wegen der Steuern und der Leistung der Grundlasten zu halten hätten, und zu verhüten, daß nicht

Beobachtung jener Form geknüpften Wirkungen nicht immer jenen der alten gerichtlichen Auflassung entsprechen.

Dem ursprünglichen Institute am nächsten kommt die Einrichtung derjenigen Gesetzgebungen [12]), welche den Eigenthumsübergang bei Veräußerungsgeschäften [13]) nicht an die bloße Tradition des Grundstücks, sondern an die weitere Vornahme eines gerichtlichen Actes knüpfen, in welchem der Wille der Uebertragung des Eigenthums ausgesprochen wird. Dieser Act besteht regelmäßig in dem Vortrage des Geschäfts vor dem competenten Gerichte [14]), der Eintragung desselben in

---

ein Fall der Lehnwaarenverpflichtung unbemerkt vorübergehe, sodann auch die Absicht zu verhüten, daß die Parteien voreilig handeln.

12) Hamburger Statuten II, 8, 6. Lübeck. Revid. R. III, 6, 1. 2. Lüneburg. Stadtr. (Pufendorf observ. append. T. IV. 2, 3. Ueber Kurhessen s. Pfeiffer prakt. Ausführ. 1. Bd. S. 151. Dazu vergl. die Kurhess. Verordnung v. 17. Jun. 1828 §. 1. Pfälzer Landr. Th. II, 7. Oesterr. Gesetzb. §. 431 flg. So besonders das Sächsische R.; s. Haubold Sächs. R. §. 187, Sachse Sächs. R. §. 284. Heimbach Sächs. R. S. 351. Curtius Handbuch des Sächs. Rechts II, §. 540. Schwarzb.-Sondersh. Ges. v. 11. May 1830 (s. auch die daselbst früher erlassenen s. g. Consolidationsedicte), Weimar. Ges. v. 20. Apr. 1833, Königl. Sächs. Ges. v. 6. Nov. 1843. Großherzogl. Hessisches Gesetz v. 21. Febr. 1852; dazu Müller die Ingrossation des Eigenthums u. s. w. 1855.

13) Consequenter Weise müßten alle anderen Erwerbsarten des gemeinen Rechts, z. B. Ersitzung, nur als Titel zum Eigenthumserwerb gelten. Diese Conseqnenz wird aber von den älteren Gesetzen nicht gezogen.

14) Dieß ist immer das Gericht der belegenen Sache, da dieses die öffentlichen Flur-, Erb-, Lager-, Sal- oder Pfandbücher (auch Contractbücher) führt. Nicht immer kommen die im Texte genannten Verhandlungen zugleich vor, sondern es begnügen sich manche Landesrechte mit der bloßen Forderung der Bestätigung des Vertrags (indem sie das obligatorische Moment mit dem binglichen verwechseln), während andere nur die Eintragung des Erwerbers in öffentliche Bücher verlangen. Diese gerichtlichen Handlungen geben zwar Eigenthum, heilen aber nicht die Mängel der einleitenden Geschäfte. Uebrigens

die öffentlichen Grundbücher und gerichtlicher Bestätigung durch den Richter, welche auf einen formell richtigen Antrag nicht versagt werden kann, wenn nicht das Landesgesetz die Cognition des Gerichts ausdrücklich auch auf die Zweckmäßigkeit des Geschäfts ausdehnt [15]); nur selten hat sich auch die Form der alten Auflassung erhalten [16]). Vor dieser gerichtlichen Handlung, zu deren Vornahme regelmäßig [17]) der die Uebertragung des Eigenthums einleitende Vertrag (z. B. Kauf) verpflichtet, ist der Veräußerer Eigenthümer. Die außergerichtliche Uebergabe ist nach dem dargestellten Systeme ein rein factischer Act, der bald eine wirkliche, bald eine anticipirte Folge der gerichtlichen Handlung ist [18]).

---

verlangen die Gesetze diese Form in der Regel nur für die Eigenthumsübertragung; der sonstige Inhalt des Vertrags ist daher auch ohne jene gültig.

15) Vgl. z. B. Bülow und Hagemann prakt. Erört. 4. Bd. S. 471 flg. Unter Umständen wird da, wo die Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit nicht vorgeschrieben ist, die Confirmation nur durch ein Arrestgesuch verhindert werden können.

16) Außer in einigen der in der Not. 12 angegebenen Statuten ist dieß namentlich in Sachsen der Fall, wo durch die 61. Decision v. J. 1661 auf Grund eines irrthümlichen Hereinziehens lehnrechtlicher und bauergutsrechtlicher Analogieen eine ganz eigenthümliche Form der Auflassung unter dem Namen der Lehnsreichung (allodialis investitura) erfunden wurde. Vgl. Weiske prakt. Ausführungen Heft I (1846) S. 30—33. Wie unpassend die Form sei, sieht man aus dem Erfolge, den sie im Weimarischen hat. S. Sachse a. a. O.

17) Es findet aus dem vorausgehenden Vertrage (z. B. Kauf) eine Klage auf Vollziehung dieses Actes Statt, sofern das Landesgesetz nicht den Parteien ein Reuerecht gewährt, oder die Gültigkeit des Vertrags selbst durch gerichtliche Bestätigung bedingt.

18) Es versteht sich von selbst, daß der Besitz auch hier seine gemeinrechtlichen Wirkungen hervorbringt, also unter Umständen die A. Publiciana, ferner die Ersitzung. S. Walter System §. 127 und Bluntschli D. Pr. S. 308. Dieß sprechen manche Gesetzgebungen, z. B. die K. Sächsische Decision v. 1746, ausdrücklich aus.

Von der alten gerichtlichen Auflassung ist dagegen nur noch das Princip der Oeffentlichkeit in den Gesetzgebungen übrig geblieben, welche den privatrechtlichen Charakter der richterlichen Mitwirkung entweder ganz aufgegeben haben und die letztere nur noch aus polizeilichen Rücksichten fortdauern lassen[19]), oder der auf Antrag des Erwerbers stattfindenden Eintragung des Besitztitels in die öffentlichen Bücher (Hypothekenbücher) nur die Bedeutung beilegen, daß sie die Legitimation zu gerichtlichen Verfügungen, besonders einer wirksamen Verpfändung des Grundstücks gewährt[20]). In beiden Fällen ist der Eigenthumsübergang von der gerichtlichen Handlung unabhängig und geschieht nach den Grundsätzen des römischen Rechts[21]).

19) So bei Struben rechtliche Bedenken IV. Bd. Nr. 124, bei Bender Frankfurt. Privatr. S. 93. Auch das in Not. 11 angeführte Braunschweigische Gesetz, welches als Folge der Nichtanzeige beim Gerichte nur eine Strafe eintreten läßt, gehört hierher, und das Würtembergische Landrecht II. Thl. Tit. 13 §. 1—6, welches den Parteien auch ein Reuerecht giebt. S. v. Wächter Handbuch des würt. Pr.-R. 1. Bd. S. 303 flg. und 491.

20) So das Preuß. Landr. 1. Th. Tit. 10 (s. Bornemann Syst. Darstell. 2. Bd. S. 128), das Bayrische Hypothekenges. v. 1822 §. 107, 109, 111, 138—143. Das Würtemb. Pfandges. v. 15. Apr. 1825. Vgl. dazu Wächter Handb. 1. Bd. S. 978, 2. Bd. S. 373, und dessen Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würtemb. Privatrechte, 1. Heft (1845) S. 219 u. 236. Diese Eintragung geschieht schon auf einseitigen Antrag des Erwerbers.

21) Im letzteren Fall kann auch auf Grund einer (mit dem aus pfandrechtlichen Rücksichten die Eintragung des Eigenthumserwerbs fordernden Gesetze in keiner Verbindung stehenden) Vorschrift die gerichtliche Auflassung die Art der Eigenthumsübertragung sein; dieß ist ganz zufällig, wie im Preuß. Landrechte, welches diese Bestimmung für diejenigen Provinzialrechte gelten läßt, in denen sich das Institut der Auflassung erhalten hat. Dieß wird sich aber im Laufe der Zeit neben jener aus hypothekarischen Rücksichten geforderten Eintragung allmählig meistentheils verwischen, da es seinen Werth durch diese neue Einrichtung verliert, welche, wenn sie wahrhaft erfolgreich sein soll, so

B. Originärer Erwerb.

1) Durch Occupation.

a) Im Allgemeinen.

§. 90.

Grundstücke, welche unbebaut und herrenlos liegen, können durch Occupation frei erworben werden; das Recht dazu setzt keine besondere Verleihung durch die Staatsgewalt voraus[1]). Befinden sich unbebaute Grundstücke (Wüstungen, Lehden) innerhalb einer Gemeindeflur, so kann weder die Gemeinde noch die Gutsherrschaft das Eigenthum daran auf Grund einer allgemeinen Vermuthung fordern[2]), sondern es bedarf für die Ansprüche beider Theile des Nachweises thatsächlicher Erwerbsmomente.

§. 91.

Ueber die Occupation herrenloser beweglicher Sachen gelten heutzutage die Grundsätze des römischen Rechts. Hiervon kennt jedoch das deutsche Recht mehrfache Ausnahmen. Es ist nämlich 1) der Eigenthumserwerb durch Finden, d. h. Occupiren von herrenlosen Sachen und Schätzen[1]) so-

---

ausgedehnt werden muß, daß sie die Bedeutung der allgemeinen Entstehungsart dinglicher Rechte erhält. S. jedoch §. 151, 3.

1) Eine solche Verleihung des Occupationsrechts verlangte die frühere, gänzlich unbegründete Lehre, welche dem Staate ein allgemeines Privateigenthum an allem Grund und Boden zuschrieb, Eigenthum mit Gebietshoheit verwechselnd. Vgl. Seidensticker de genuinis fundamentis juris supremae potestatis circa adespota. 1789. Pr. Landr. II, 16. Selbst Eichhorn Einl. §. 286 neigt zu ihr hin. Vgl. dagegen Maurenbrecher §. 189.

2) Dieß behauptet Weise (de dominio agror. incultor. in seinen Opuscula I p. 26), welcher eine Vermuthung für die Gutsherrschaft aufstellt. Allein das, was sich regelmäßig factisch so ereignen wird, giebt darum noch keine juristische Vermuthung. S. Langenn in seinen und Kori's Erörterungen II S. 150 flg.

1) Dieß ist unzweifelhaft schon in der Stelle des Sachsenspiegels

wie das Annehmen verlorener Sachen in manchen Particularrechten durch eine Regalität an solchen Gegenständen ausgeschlossen, während in andern an gefundenen Sachen nach herausgestellter Erfolglosigkeit einer öffentlichen Bekanntmachung [2]), oder nach Ablauf einer bestimmten Frist [3]) das Eigenthum dem Finder gewährt wird [4]). 2) Während auch heutzutage

I, 35 ausgesprochen: „all schatz unter der Erde begraben tiefer den ein pflug, der gehöret zu der kuniglichen gewalt.“ Diese Stelle hat verschiedene Auslegungen erfahren, indem Einige, z. B. Weiske in s. Rechtslexicon 2. Bd. S. 937 u. Zeitschr. f. deutsch. R. 12. Bd. S. 270 flg., annehmen, daß hier bloß vom thesaurus die Rede sei, Andere, z. B. Eichhorn Einl. §. 273, c., Sachse Zeitschr. f. deutsches R. X. Bd. S. 71 und schon die Sächs. Constitutionen von 1572, II, 53 die Stelle nur auf Erze beziehen. Die richtige Erklärung ist aber wohl die, daß hier unter dem Worte „Schatz“ der thesaurus und das Bergwerksgut verstanden sei. S. Steinbeck Zeitschr. f. deutsches R. 11. Bd. S. 260. S. auch Böhlau in der heidelberger kritischen Zeitschrift für die ges. Rechtsw. 5. Bd. (1857) S. 138 flg. Außerdem werden Schätze und „Funde“ dem Fiscus zugeschrieben schon in den Bayer. Landtagsverhandlungen v. 1474 (s. Krenner Bayer. Landtagsverhandl. 7, 449), in der Nürnberg. Reformat. Tit. 25, und zum dritten Theile im österr. Gesetzb. §. 399.

2) Sachsensp. II, 37. Haubold Sächs. R. §. 182. Steinacker braunschw. Privatr. S. 396 Oesterr. Ges.-Buch §. 389 Pr. Landr. I, 9 §. 31—43.

3) Oesterr. Gesetzb. §. 392. Eine sehr verdienstliche Arbeit über diesen Gegenstand hat Delbrück in Gerbers und Jherings Jahrbüchern 3. Bd. S. 1 flg. geliefert, obschon sie mich nicht von der gemeinrechtlichen Geltung des Satzes eines eventuellen Eigenthumserwerbs des Finders verlorener Sachen hat überzeugen können. Eine andere Frage ist die, ob er vom Standpunct der Gesetzgebung empfohlen zu werden verdiene?

4) Hierher gehört auch das ehemals hie und da geltende Strandrecht oder Grundruhrecht, d. h. die Befugniß zur Occupation von Gegenständen, welche von einem Schiffe aus an das Ufer geschwemmt waren, ohne vom Eigenthümer aufgegeben worden zu sein. Aufgehoben ist dieß Recht schon durch die Carolina Art. 218 u. d. Reichsabsch. v. 1559 §. 35. Es besteht davon heutzutage nur noch d. s. g. Bergelohn, d. h. das Recht, für die zur Rettung und Aufbewahrung der gestrandeten Sachen verwandte Mühe eine Entschädigung zu beanspruchen. D. Handels-

gemeinrechtlich dem Eigenthümer eines Bienenschwarms die Befugniß zusteht, ihn zu verfolgen, bis er aus seinem Gesichtskreise gekommen ist, und auf eines Andern Grundstück (mit des Eigenthümers Erlaubniß) einzufangen[5]), so betrachten einige deutsche Rechtsquellen[6]) ganz allgemein die in des

---

gesetzb. A. 742 flg. Hamb. Statuten II, 17, 5. Falck Schlesw.-Holst. Privatr. III S. 433. Es klingt seltsam, wenn neuere Juristen seit Albrecht Gewere S. 21 jenes Raubrecht auf ein privatrechtliches Rechtsprincip zurückführen wollen (nämlich auf die Gewere and er Mobilie, welche schon durch die Gewere an der Immobilie gegeben werde). Uebrigens spricht ja dieß Albrecht a. a. O. Not. 49 selbst nur als problematisch aus und giebt zu, daß jenes (übrigens an sich unhaltbare) Princip hier nicht ausreiche. S. auch Sachsensp. II, 29.

5) S. die interessanten Protokolle bei Hagemann Erörterungen Bd. 2 S. 113 flg. S. auch Bd. 7 S. 369, und §. 14 Inst. de rer. divisione. Ueber die Grundsätze des römischen Rechts, namentlich die Bestimmung, daß das Eigenthum des Schwarms nicht verloren sei, donec in conspectu est, nec difficilis ejus persecutio est, siehe Busch Handbuch des Bienenrechts (1830) S. 123. Der Beweis des Eigenthums kann nach dem Witzenmühler Landrecht (bei Mascov. not. jur. et jud. Brunsv. Luneb. p. 50) durch Herbeibringen des Strauchs geführt werden, auf dem die Bienen gesessen haben; die Erklärung davon s. bei Hagemann a. a. O. Bd. 2 S. 114. Diese Grundsätze hat auch mit kleinen Detailverschiedenheiten der Schwabensp. Art. 301 und das Westerwalder Landrecht von 1470 (Richthofen Friesische Rechtsqu. S. 265) §. 11—13 und §. 15—18.

6) So das Sächs. Weichbild 120, „denn die Biene ist ein wilder Wurm." Hiernach würde das Eigenthum für verloren gelten, sobald der Schwarm in des Nachbars Garten geflogen ist; er würde als in die Herrschaft des Letzteren gefallen anzusehen sein (Busch S. 127 scheint mir die Worte näher zu behalten nicht ganz richtig aufzufassen). Daß diese Bestimmung, welche gewiß nicht die Regel ist, nicht mit der Gewere, wie Neuere annehmen, in Verbindung steht, zeigt das Prager Stadtrechtsbuch bei Rößler S. 139, welches denselben Fall so entscheidet: „dy Pein (Biene) auch ein wild worgeet einem swarme aus und fluget in seines nackepures haus oder hoff, wo sy hin fluget, wer sie des ersten wohet, der hat sy mit recht; wenn zu der zeit ist si gemein."

Nachbars Grundstück geflogenen Bienen schon als herrenlos und gestatten daran ein Occupationsrecht. 3) Particularrechte[7]) geben dem Eigenthümer eines Grundstücks ohne Einschränkung das Recht, die aus dem nachbarlichen Grundstück herüberreichenden Baumwurzeln und Aeste abzuhauen und sich zuzueignen. Ebenso erlaubte eine sehr allgemeine, jetzt nur noch höchst particuläre, Gewohnheit dem Eigenthümer eines Grundstücks, die aus dem nachbarlichen Grundstück herübergefallenen Früchte jederzeit zu occupiren[8]). 4) In Bezug auf mehrere Arten herrenloser Sachen ist die Befugniß zur Aneignung ein regales Recht des Staats, so daß sich der Private zum Eigenthumserwerbe an jenen zunächst ein Occupationsrecht verleihen lassen muß. Die Fälle, bei denen dieß vorkommt, bedürfen jetzt einer näheren Betrachtung.

b) Occupation wilder Thiere[1]).

§. 92.

Obschon das deutsche Recht die wilden Thiere zu jeder Zeit als herrenlose Sachen betrachtet hat[2]), deren Eigenthum

---

7) Augsburg. Stat. bei Walch Beitr. 4, 286. Sachsensp. II, 52. Sächs. Weichb. 126. Verm. Sachsensp. II, 2, 14. Oesterr. Gesetzb. §. 422. Hesse über die Rechtsverh. d. Grundstücksnachbaren 2. Bd. S. 198 und 207 flg.

8) Ueber d. s. g. Ueberfallsrecht s. Sächs. Weichb. 126. Das Rietberger Landrecht §. 35 sagt: „wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten.“ Auf unrichtiger Basis steht Hillebrand Zeitschrift f. deutsch. R. Bd. 9 S. 318 flg. Die Sache ist viel einfacher. S. Haubold Sächs. R. §. 362. Oesterr. Ges.-B. Art. 422. Pr. Landr. I, 9 §. 295 flg.

1) Riccius zuverlässiger Entwurf von der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit. 2. Ausg. 1772. Stieglitz geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland. 1832.

2) Sachsensp. II, 61: „Do got den menschen geschup, do gaf he ime gewalt over vische und vogele und alle wilde dier. Dar

durch Occupation erworben wird, so hat es doch die Befugniß zu diesem Erwerbsacte niemals als einen bloßen Ausfluß der Persönlichkeit angesehen, sondern stets noch an die Erfüllung gewisser äußerer Erfordernisse geknüpft[3]). Das allgemeinste war das Eigenthum an dem Grund und Boden, auf welchem

umme hebbe wie is orkünde von godde, dat nieman sinen lief noch sin gesunt an dissen dingen verwerken ne mach. Doch sint drie stede binnen deme lande to sassen, dar den wilden dieren vrede geworcht is bi koninges banne, sunder beren, wolven und vōssen; dit hetet ban vorste——." Diese Ansicht hat sich erhalten in Betreff der s. g. nicht jagdbaren Thiere. Vgl. Not. 12.

3) Anderer Meinung ist Reyscher würtemberg. Privatr. Bd. 2 §. 288 a, welcher annimmt, daß auch ein Wilderer Eigenthümer des widerrechtlich erlegten Wildes werde, dieß aber dann herausgeben müsse (s. auch Budde de vind. rer. mob. p. 13); diese Ansicht ist jedenfalls mit dem Princip des Jagdrechts unvereinbar, wie es sich seit der Existenz des Jagdregals ausgebildet hat, mit welchem die Vorstellung der rechtlichen Möglichkeit eines originären Erwerbs durch Dritte unvereinbar erschien. — Diese Frage ist nicht ohne juristisches Interesse. Es sind zwei Gesichtspuncte möglich. Einmal kann man, wie dieß in der ersten Auflage geschah, von der Ansicht ausgehen, daß nach der im Text ausgesprochenen Meinung weder der Wilderer, noch der Jagdberechtigte Eigenthümer des vom Wilderer erlegten Thieres sei, weil der Letztere überhaupt keine Eigenthum gebende Occupation vornehmen konnte, und jener die Occupation nicht vorgenommen hat; der Jagdberechtigte hätte dann gegen den Wilderer keine Vindication, sondern nur eine (übrigens sehr problematische) Entschädigungsklage. Richtiger möchte es aber wohl sein, den Satz aufzustellen, daß durch die Erlegung des Thiers vom Wilderer dem Jagdberechtigten daran Eigenthum erworben wird. — [Es ist jetzt über diese Frage eine interessante Literatur entstanden. Schütze (in Bekker u. Muther's Jahrb. Bd. 6 S. 61 flg. 1862) construirt den Eigenthumserwerb des Jagdberechtigten durch den Wilderer, indem er ausführt, daß Letzterer den Erfolg seiner Occupation vermöge ihrer Unrechtmäßigkeit verwirke und sofort als ein fingirter unfreiwilliger Repräsentant des Jagdberechtigten angesehen werden müsse. Zu einem ähnlichen Ergebniß kommt (unabhängig von Schütze) v. Bruenneck in seiner fleißigen und durch eine ausführliche Dogmengeschichte bemerkenswerthen Diss. de dominio ferarum quae illicite capiuntur. Hal. 1862, indem er den Wilderer „quasi invitum

das Thier ergriffen wurde[4]), indem die Befugniß, jedem Dritten den Eintritt auf ein Grundstück zu verwehren, hier dahin führte, die bloß factische Ausschließlichkeit der Occupationsfähigkeit zu einer rechtlichen zu steigern[5]), so daß sich das Jagdrecht als eine Pertinenz des Grundeigenthums darstellte[6]). Dieß leidet eine Ausnahme bei der s. g. freien Pürsch[7]), welche namentlich in städtischen Gemarkungen bisweilen vorkommt, und bei der Jagdberechtigung der Gerichts- und Gutsherrn, welche hie und da auch auf die Grundstücke der Bauern ausgedehnt ist[8]).

---

procuratorem" ansieht (p. 56). Bereitwillig gebe ich Schütze zu, daß diese Frage nicht bloß für den Grundbesitzer, sondern für den Jagdberechtigten überhaupt beantwortet werden muß, und wenn nur jener in den früheren Auflagen hier genannt wurde, so hatte dieß seinen Grund allein in der Anknüpfung dieser Note an den obigen Text und darin, daß der Fall der Einheit der Jagdberechtigung und des Grundbesitzes der ursprüngliche ist. Die Auffassung des Wilderers als eines unfreiwilligen Repräsentanten des Jagdberechtigten entspricht in der That der natürlichen Anschauung, wie sie über das Rechtsverhältniß besteht, und im Grunde genommen war es auch nur dieser Gedanke, der mich in den früheren Auflagen bei der Heranziehung der Analogie der unbefugten Fruchtabnahme leitete.]

4) S. Eichhorn Rechtsgesch. §. 58 und 362. Stieglitz §. 8.

5) Das römische Recht giebt zwar dem Grundbesitzer ein jus prohibendi ne quis ingrederetur, macht aber den Eigenthumserwerb nicht davon abhängig, utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. L. 3 pr. D. de acquir. rer. dom. (41, 1). Dieß ist auch der Sinn vom Schwabensp. (Laßb.) Art. 236: „ein jeglich wild ist eines mannes mit rechte, di wile ez in sinem gewalte is" und Glosse zum Sächs. Weichb. ad Art. 122. (S. darüber Bruenneck a. a. O. p. 31.)

6) Diese Auffassung wird entschieden bestätigt durch die Urkunden Nr. 4—8, 13 und 14 bei Kraut Grundr. §. 108.

7) Hiernach dürfen alle Einwohner eines gewissen Bezirks innerhalb desselben frei jagen. S. Riccius S. 99 flg. Stieglitz §. 23.

8) S. Corpus Constit. Luneburg. c. II p. 8. Riccius a. a. O. S. 88. Dieß erklärt sich größtentheils aus dem unvollkommenen bäuerlichen Eigenthum.

Durch die sehr allgemeine Ausbildung des Jagdregals [9]) in Deutschland ist nun das Occupationsrecht wilder Thiere von einem anderen Erfordernisse, der Verleihung der Jagdgerechtigkeit [10]), abhängig gemacht worden. Dadurch ist das frühere Recht, wonach das Grundeigenthum die Bedingung der Jagd war, insoweit verdrängt worden, als der anerkannte Umfang des Jagdregals reicht. Die Ausdehnung des letzteren ist aber in den einzelnen Ländern Deutschlands durchaus verschieden, indem der Grad derselben durch das Eintreten rein factischer Zustände bestimmt wurde [11]). Bald haben die Landesherrn das Jagdregal sowohl über das ganze Territorialgebiet als auch über alle Arten jagdbarer Thiere erworben, bald haben ganze Districte, oder wenigstens einzelne Classen von Unterthanen, z. B. der grundbesitzende Adel, sich entweder das volle Jagdrecht, oder wenigstens die sogenannte mittlere oder niedere Jagd erhalten, wobei dann dem Landesherrn nur

---

9) Ueber die Geschichte dieses Regals s. Eichhorn Rechtsgesch. §. 58, 362 und 548.

10) Das Privilegium kann auch hier in verschiedenen Formen ertheilt werden, z. B. auch pachtweise, oder precario (s. g. Gnadenjagd). Es entscheiden hierbei die oben §. 67 dargestellten Grundsätze von dem Erwerb der Regalien, wodurch sich auch die Fragen über die Mitausübung der Jagd durch den Landesherrn und über die Auslegung der Verleihung beantworten.

11) Man betrachtete es im 17. Jahrhundert als ein unzweifelhaftes Recht des Landesherrn, den Unterthanen die Jagd auf ihrem Boden zu untersagen; das hauptsächlichste Motiv dabei war, daß das Jagdrecht in der Hand der Bürger und Bauern ein gemeingefährliches und den Beruf der letzteren störendes Geschenk sei. S. Frantzke bei Ahasv. Fritsch corpus juris venatorio-forestalis (1675) p. 213 und Kraut Grundr. §. 122 N. 32. Weil dieß Motiv auf den Adel nicht paßte, und dieser seine hergebrachten Rechte auf den Landtagen zu vertreten vermochte, so erhielt derselbe seine Jagdberechtigung meistens ungeschmälert, oder doch wenigstens bis auf die hohe Jagd. S. Eichhorn R.-G. §. 548.

die hohe oder mittlere Jagd als Regal verblieb [12]). In allen Fällen, in welchen sich keine bestimmte Rechtsvorschrift über die Existenz und Ausdehnung des Jagdregals nachweisen läßt, unterliegt ein darauf gerichteter Anspruch, wenn er bestritten wird, der Nothwendigkeit eines gewöhnlichen Beweises; eine Vermuthung spricht nicht für die Regalität der Jagd [13]). Wo dagegen das Jagdregal in einem bestimmten Umfange anerkannt ist, muß der Einzelne, welcher eine damit im Widerspruch stehende Jagdberechtigung behauptet, den speciellen Erwerbsgrund nachweisen [14]).

---

12) Diese Eintheilung der Jagd in hohe und niedere, zwischen welche hie und da auch die mittlere eingeschoben ist, verdankt ihren Ursprung dem Umstande, daß der Adel auf seinen kleineren Jagdgebieten selten Gelegenheit fand, die zur hohen Jagd jetzt gerechneten Thiere zu erlegen, und daher den Beweis der Ausdehnung der Jagdberechtigung in Bezug auf sie nicht erbringen konnte. S. Riccius S. 233 flg. Es herrscht jedoch keine Gleichmäßigkeit über die zu der einen oder der andern Classe zu rechnenden Thiere in den Landesgesetzen. S. z. B. das Pr. Landr. II, 16 §. 37 und Cod. August. Tom. II p. 611, 612. — Von allen diesen Grundsätzen über den Eigenthumserwerb von Thieren macht die Occupation der s. g. nicht jagdbaren Thiere eine Ausnahme, welche nach den Grundsätzen des röm. Rechts beurtheilt wird. Dahin gehören sehr gefährliche Thiere, z. B. Wölfe, und sehr kleine Thiere, z. B. Singvögel; jedoch herrscht keine Uebereinstimmung der Particularrechte in der Bestimmung dieser Classe.

13) Dieß war freilich im vorigen Jahrhunderte noch sehr bestritten. S. Mittermaier §. 214 N. 18.

14) Seit den Gesetzgebungen, welche eine Wirkung der politischen Ereignisse des Jahres 1848 sind, hat sich das Rechtsverhältniß wesentlich geändert. Hiernach ist das Jagdregal in der Regel aufgegeben und die Jagd den Gemeinden und den Besitzern größerer zusammenhängender Grundstücke überlassen worden. Ein Irrthum liegt freilich in der Vorstellung, nach welcher hierdurch ohne Weiteres der ursprüngliche Zustand vor Entstehung des Jagdregals wieder hergestellt sei; dieß wäre nur möglich, wenn gleichzeitig auch die mittelalterlichen Agrarverhältnisse wieder hergestellt werden könnten.

§. 93.

Die Jagdberechtigung hat zwei wesentlich verschiedene Seiten. Sie tritt zunächst als eine ausschließliche Berechtigung zu einer bestimmten Art des Eigenthumserwerbs hervor[1]). Die Occupation wilder Thiere steht hiernach dem Jagdberechtigten*) insoweit zu, als die örtliche und innere (d. h. die Art der Thiere betreffende) Ausdehnung der Berechtigung reicht; nur läßt ein allgemeines Gewohnheitsrecht (das Recht der Wildfolge) die Occupation auch auf dem fremden Reviere zu, wenn die Handlung des Erlegens schon auf dem diesseitigen Gebiete begonnen hat[2]). Im Uebrigen gelten über diesen Act des Eigenthumserwerbs selbst die Grundsätze des römischen Rechts.

Nach einer andern Seite hin erscheint die Jagdberechtigung als die Befugniß zu einer Reihe von Handlungen,

---

1) Diese Seite hat an dieser Stelle allein Interesse. Der Mangel einer Trennung der in der Jagdberechtigung liegenden verschiedenen Bestandtheile ist nicht selten die Ursache einer großen Verwirrung dieser Lehre gewesen.

*) Und zwar nur diesem; s. §. 92 N. 3.

2) S. schon L. Salica Tit. 36 c. 4. Longob. Rothar. c. 319. Sachsensp. II, 61 §. 4: „jaget ein man ein wilt uzen dem vorste, und volgen ime die hunde in den vorst, der man muz volgen, so daz her nicht en blase noch die hunde nicht en gruze, und misse tut dar nicht an, ab her san daz wilt vet; sinen hunden muz he wol wider rufen.“ S. besonders Schwabensp. (Laßb.) Art. 236. Bülow und Hagemann Erört. 1 Nr. 11. Jedoch beschränken neuere Particularrechte dieß Recht in mannigfacher Weise, sowohl in Betreff der Dauer als der Art der Verfolgung. Vgl. Haubold Sächs. R. §. 237. Preuß. Landr. I, 9 §. 130. Keinesfalls erstreckt sich die Wildfolge (für welche man häufig den unpassenden Ausdruck Jagdfolge gebraucht) über die Territorialgränze. Aufgehoben ist das Recht der Wildfolge in mehreren neuen Jagdgesetzen, indem man den Gesichtspunct der Beseitigung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden auch hierauf unrichtiger Weise ausdehnte.

welche nicht bloß auf die Occupation selbst, sondern auch auf die Herbeiführung der Möglichkeit derselben (Hegung des Wildes) in gewinnsüchtiger Absicht gerichtet sind. In dieser Beziehung nähert sich die Jagdberechtigung dem Begriffe eines Gewerberechts, und unterliegt als solche mehrfachen Beschränkungen von Seiten der Grundeigenthümer und der Staatsgewalt. Die Grundeigenthümer können das Wild durch alle Mittel, welche nicht selbst Erlegungsacte sind[3]), von ihren Grundstücken abhalten und diese gegen die schädlichen Einwirkungen der Thiere durch Vorrichtungen jeder Art beschützen[4]); auch brauchen sie die Ausübung der Jagdberechtigung auf ihren Grundstücken nur in den offenen Zeiten zu leiden. Die staatswirthschaftlichen und polizeilichen Beschränkungen, welche Ausflüsse der s. g. Jagdhoheit (Wildbann im engern S.) sind, bezwecken theils die Erhaltung der jagdbaren Thiere gegen eine verwüstende Ausübung des Jagdrechts, theils die Beseitigung der Gefahren für die öffentliche Sicherheit, welche die Jagd mit sich bringt[5]). Die Mitberechtigung Mehrerer zur Jagd (s. g. Koppeljagd) beschränkt den Einzelnen nur inso-

---

3) Anders das Sächs. Strafgesetzb. Art. 278.

4) Dahin gehört Aufstellung von Wächtern, Anbinden von Hunden, Umzäunung, Schonungen in Wäldern, Anzünden von Feuern u. dergl. m. Vgl. Bülow und Hagemann Erört. Bd. 3 S. 43. Pr. Landr. I, 9. 141. Aeltere Jagdgesetze waren in dieser Beziehung oft sehr hart und beeinträchtigend für den Grundeigenthümer. — Die Frage über die Verpflichtung zum Ersatze des Wildschadens s. unten im Obligationenrechte (§. 220).

5) Diese Beschränkungen sind rein polizeilicher Natur; denn das Eigenthum wird vom Jagdberechtigten auch durch eine polizeiwidrige Occupation erworben. — Besonders gehört hierher die Bestimmung der Wildbahn, d. h. eine Beschränkung des Jagdreviers, indem regelmäßig das Jagen auf öffentlichen Landstraßen, in der Nähe von Städten, Dörfern und umzäunten Grundstücken untersagt ist. Vgl. hierüber Mittermaier §. 217.

fern, als er allein keine Art der Jagd ausüben darf, welche den ganzen Wildbestand auf einmal gänzlich oder größtentheils vernichtet (s. g. Klapper- und Treibjagden); dagegen darf jeder Mitberechtigte seinen Antheil verpachten[6].

c) Occupation von Fischen.

§. 94.

Auch die Occupation von Fischen ist kein freies Recht der Persönlichkeit, sondern setzt eine besondere Befugniß zu diesem Eigenthumserwerbe voraus[1]. Die Fischerei in öffentlichen Flüssen ist fast in ganz Deutschland ein regales Recht geworden[2], welches durch Ertheilung von Privilegien auf Private übertragen werden kann. Die Fischerei in Gemeindewassern steht den Mitgliedern der Gemeinde zu, sofern der letztern keine andere Art der Benutzung dieses Rechtes beliebt, in Privatgewässern ist sie ein Recht des Eigenthümers am Flußbett[3].

6) S. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 204.

1) Es handelt sich hier nicht um die s. g. zahme Fischerei (im Gegensatz der wilden), d. h. die Fischerei in gegrabenen Teichen, da die in solchen befindlichen Fische keine herrenlosen Sachen sind. Vgl. auch Kämmerer Beitr. zur Lehre vom Fischdiebstahle 1839.

2) Die Erklärung der öffentlichen Flüsse für Bannwasser, welche schon frühzeitig vorkam, hat hier die Regalität ebenso vorbereitet wie bei Forsten die Jagd. S. Pr. Landr. II, 15 §. 73—78 und I, 9 §. 170—192. Moser v. d. Landeshoheit in Ansehung des Wassers und der Erde, Cap. 22. In manchen Ländern hat sich aber dennoch der alte Grundsatz des Sachsenspiegels II, 38 §. 4: „swelk water strames vlüt, det it gemene to varene und to vischene inne" erhalten, z. B. in Sachsen. Sachse Handb. des Sächs. R. §. 356, Gothaische Fischord. v. 1667 §. 1; s. auch Steinacker Braunschw. Privatr. S. 356. Oft wird selbst bei der Regalität doch das Recht mit der Angel zu fischen als frei anerkannt. — Auch die Perl- und Bernsteinfischerei und das Recht Gold zu waschen ist regelmäßig regal. S. Haubold Sächs. R. §. 230 Not. 2. Pr. Landr. Th. II Tit. 15 §. 80.

3) Insofern die Fischerei hiernach als eine Pertinenz des Grund-

Das Fischereirecht gewährt die Befugniß, die zur Ausübung desselben erforderlichen Anstalten zu treffen und diejenige Wasserbenutzung zu verhindern, welche das Fischen unmöglich machen würde. Dagegen ist es wie das Jagdrecht, nach dessen Analogie es überhaupt zu beurtheilen ist[4]), staatswirthschaftlichen Beschränkungen unterworfen[5]).

d) Occupation von Fossilien[1]).

§. 95.

Fossilien sind im Allgemeinen Eigenthum Desjenigen,

---

eigenthums angesehen werden muß, kann sie ebenso wie das Jagdrecht unter dieser Voraussetzung (vgl. §. 93 Nr. 6) als Gegenstand einer Servitut erscheinen.

4) So namentlich auch die Koppelfischerei. Vgl. Hagemann Erörter. 1. Bd. N. 12.

5) Ueber die Fischereiordnungen und deren Inhalt vgl. Mittermaier §. 235. Diese Beschränkungen treffen regelmäßig nur die Fischerei in öffentlichen Gewässern. S. aber Reyscher würtemb. Privatr. 1. B. §. 248.

1) S. v. Cancrin Grundsätze des teutschen Berg- und Salzrechts. 1790. Hake Commentar über das Bergrecht mit steter Berücksichtigung der vornehmsten Bergordnungen 1823. Karsten Grundriß der deutschen Bergrechtslehre 1828. Weiske in s. Rechtslexicon 1. Bd. S. 931. Otto Studien auf dem Gebiete des Bergrechts 1856. Schomburg Betrachtungen über die neuere deutsche Berggesetzgebung u. s. w. 1857. Kressner Systemat. Abriß des Bergrechts mit vorzüglicher Rücksicht auf Sachsen 1858. Unter den particularrechtlichen Schriften sind hervorzuheben: Freiesleben Darstellung der Grundlagen der sächsischen Bergwerksverfassung (1837), besonders aber Schneider Lehrbuch des Bergrechtes für die gesammten Länder der österreichischen Monarchie 1848. — Quellen sind die Bergordnung von Iglau (v. 1250, in Schmidt's Samml. österr. Bergges. 1. Th. S. 1 flg.), dann die Sächsische (v. 1509), die Oberpfälzische (v. 1548), die Braunschweigische (v. 1593), die Joachimsthaler (v. 1548), die Kursächsische (v. 1589), die Cölner (v. 1669), die Schwarzburgische (v. 1686), die Bayerische (v. 1784, s. Hake Commentar im Anhang). Diese letzteren und andere Bergordnungen (mit Ausnahme der Sächsischen) befinden sich in v. Wagner Corpus juris

auf dessen Grund und Boden sie sich befinden[2]). Dieß leidet eine Ausnahme in Betreff gewisser Classen derselben, welche zwar an und für sich vom Staate für herrenlos erklärt worden sind, an denen er sich aber die unmittelbare Freiheit der Occupation vorbehalten hat[3]). Jene Classen

---

metallici recentissimi und antiquioris oder Sammlung u. s. w. 1791. Fol. Besonders wichtig ist auch das Bergrecht des Preuß. Landrechts II. Thl. Tit. 16; ferner das Oesterr. Ges. v. 23. Mai und 25. Sept. 1854 (dazu: Wenzel Handbuch des allgem. österr. Bergrechts 1856); Großherzogl. Weimarisches Ges. v. 22. Juni 1857. — Die Geschichte des Bergrechts s. bei Eichhorn Rechts-Gesch. §. 58, 297, 307, 362, 395, 534, 548. Meyer Vers. einer Geschichte der Bergwerksverfassung und der Bergrechte des Harzes im Mittelalter 1817. Karsten über den Ursprung des Bergregals in Deutschland 1844. Dazu Weiske der Bergbau und das Bergregal 1845. Zachariä in d. Zeitschr. f. deutsch. Recht 13. Bd. S. 325 flg.

2) Sie sind ein pars fundi. S. Pr. Landr. §. 72 flg. Dieß sagt schon in Bezug auf die edlen Metalle, welche auf der Oberfläche der Erde (nicht tiefer als ein Pflug geht) befindlich sind, die oben §. 91 Not. 3 angef. Stelle des Sachsenspiegels. Vor Einführung des Regals war dieß allgemein anerkannt. S. Hüllmann Gesch. des Urspr. der Regalien (1806) S. 62 flg.

3) Dieß ist der eigentliche Inhalt des Bergregals, welches nur durch die s. g. Freierklärung, d. h. die Verpflichtung, es unter gewissen Umständen zu verleihen, von den übrigen Regalien unterschieden ist. Ganz überwunden ist heutzutage die Theorie älterer Juristen, wonach dem Staate ein Eigenthum an den regalen Fossilien zustehen solle, wozu sich noch der andere Irrthum gesellte, dieses auf ein angebliches Eigenthum des Staats an herrenlosen Sachen zu stützen. Wo das Regal gar nicht, oder nicht in einem weiten Umfange gilt, muß noch immer der Eigenthümer des Grundstücks auch als Eigenthümer der nicht regalen Fossilien angesehen, und ihm auch das Recht der ausschließlichen Ausbeutung selbst durch künstlichen Bergbau zuerkannt werden, und er hat Ansprüche auf volle Entschädignng, wenn der Staat im öffentlichen Interesse kraft seiner Landespolizeigewalt verlangt, daß er die von ihm selbst nicht benutzten Fossilien einem Andern zur Ausbeutung überlasse. S. Eichhorn Einl. §. 274. Wächter Handb. des Würt. Pr.-R. 1. Bd. S. 436.

von Fossilien werden in den Particularrechten verschieden bestimmt, bald durch Aufzählung einzelner Arten derselben, bald durch allgemeine Beschränkung auf diejenigen Mineralien, welche nur durch künstlichen Bergbau zu Tage gefördert werden, oder auf diejenigen, welche vor dem Feuer bestehen[4]). Das der Staatsgewalt zustehende freie Occupationsrecht dieser Fossilen bildet das, je nach dem größeren oder geringeren Umfange der in dieses Verhältniß gesetzten Classe derselben in den einzelnen Ländern Deutschlands bald ausgedehntere bald beschränktere Bergregal. Private können das Occupationsrecht durch Erlangung eines das Regal übertragenden Privilegiums erwerben. Dieß kann theils so geschehen, daß ihnen innerhalb eines bestimmten Districts das Occupationsrecht an allen etwa darin befindlichen, im obigen Sinne regalen Fossilien ganz allgemein übertragen wird (Specialverleihung des Bergregals[5])), theils so, daß Dem-

4) S. Weiske im Rechtslexicon S. 942. Hake a. a. O. S. 47. Auf die Nothwendigkeit bergmännischer Kunst sieht das Sächs. R. Haubold §. 244. Weiter geht das Preuß. Landr. II, 16 §. 69 flg., welches auch Inflammabilien hierher zieht. Ganz ähnlich dem Preuß. Landrechte ist das Oesterreichische Bergrecht, s. Schneider a. a. O. §. 51. — Da bei Beurtheilung der Ausdehnung der Regalität auch die hergebrachten Rechte Einzelner in Frage kommen, so ist die Bestimmung der Gränzen durchaus Sache der particularrechtlichen, ja localen Untersuchung. Die Beweislast trifft jedoch den, welcher sich auf ein dem allgemein in einem Lande angenommenen Regale widerstreitendes Herkommen beruft. — Ueber die Regalität des Torfs, welche gemeinrechtlich nicht besteht, s. Pfeiffer in der Zeitschr. für deutsches R. 13. Bd. S. 223 flg.

5) Diese Art der Verleihung des Regals, welche übrigens nicht nothwendig durch lehnrechtliche Formen zu geschehen braucht, kam früher, d. h. vor der allgemeinen Ausbreitung der Freierklärung des Bergbaues häufiger, jetzt nur noch selten vor. Jenachdem sie sich auf alle regalen Fossilien oder nur auf einzelne, vielleicht nur auf den Bergzehnten bezieht, nennt man sie eine concessio plena oder minus plena. Pr. Landr. §. 106 — 108.

jenigen, welcher an einer einzelnen Stelle des Erdreichs solche Fossilien gefunden hat, die ausschließliche Befugniß, sie auf bergmännische Weise zu occupiren, verliehen wird. Diese letztere Art der Verleihung, welche die regelmäßige ist, wird dadurch ganz eigenthümlich, daß sie unter Voraussetzung bestimmter Förmlichkeiten ertheilt werden muß, wogegen der Staat sich gewisse Abgaben als Entschädigung vorbehält (Freierklärung des Bergbaues [6])). Der Beliehene erlangt dadurch zunächst nur die Befugniß zur Occupation der in dem bestimmten abgemessenen Grubenfelde befindlichen Fossilien; dieses Recht bekommt aber dadurch einen materiellen Zusatz, daß der Beliehene zugleich Eigenthümer des Grundes und Bodens wird, welchen der Bergbau ausschließlich in Anspruch nimmt, und daß er durch dauernde, äußerlich sichtbare Vorrichtungen das verliehene Recht gewerbmäßig realisiren darf [7]).

Die Abgeschlossenheit dieses nächtlichen Schaffens im Schoße der Erde hat sich wie in einer besondern Kunstsprache,

---

6) Gut hat Weiske Rechtslexicon S. 939 nachgewiesen, daß diese Freierklärung kein plötzlicher und überraschender Act der Gesetzgebung, oder eine Erfindung des 16. Jahrhunderts gewesen sei. S. besonders Eichhorn Rechtsgesch. Bd. 4 S. 368. Das Richtige ist, daß diese Bezeichnung mit dem Worte „Freierklärung" aus der Ansicht des sechzehnten Jahrhunderts erklärt wird, nach welcher die Schonung des schon längst begründeten und bestehenden Rechtszustands ein Act der Gnade und der Entsagung einem Rechte des Staats sei. Das Bergregal ließ sich nicht durchführen und wurde unter dem Mantel der „Freierklärung" schonend und schüchtern wieder negirt.

7) Irrthümer: 1) das Recht des Beliehenen sei ein dominium utile und der Staat habe ein dominium directum. So z. B. Eichhorn Einl. §. 276. 2) Es sei eine Servitut, oder Emphyteuse, oder Erbzinsgut. Siehe z. B. die bei Schneider a. a. O. S. 266 und Weiske a. a. O. S. 948 Citirten. 3) Es sei ein Eigenthum. So Weiske a. a. O. u. A. m. Auch diese letztere Ansicht ist in dieser Allgemeinheit unrichtig; es bedarf vielmehr der im Text angegebenen Unterscheidung.

so auch in der Erzeugung besonderer Formen[8]) ausgeprägt, mit denen jenes einfache Rechtsverhältniß bekleidet ist. Sowohl diese, als die juristischen Erscheinungen, welche der gewerbmäßige Betrieb dieser Occupation der Fossilien hervorbringt, bedürfen einer besonderen Darstellung.

§. 96.

Zum Schürfen, d. h. zum Suchen regaler Fossilien mittelst Wegräumung der Dammerde selbst auf fremden Grundstücken[1]) ist Jeder, auch der Ausländer, nach Lösung eines Schürfzettels berechtigt, welchen das Bergamt auf eine bestimmte Zeit ausstellt[2]). Findet er Mineralien, so hat er das Alter im Felde, d. h. den Vorzug der Priorität. Hierauf muß er das Gefundene entblößen und binnen einer regelmäßig sehr kurz gestellten Frist[3]) beim nächsten Bergamte muthen, d. h. um Beleihung in einem die Angabe der Lagerstätte, Zeit der Muthung, Art des Fossils und Größe des gewünschten Feldes enthaltenden Muthzettel bitten. Nachdem

---

8) Diese Formen sind, wie bei fast allen von der Staatsgewalt ausgehenden Befugnissen im späteren Mittelalter, zum Theil dem Lehnrecht abgeborgt, jedoch ohne Anwendung der materiellen Rechtssätze desselben, was oft verkannt wird.

1) Dieß muß jedoch mit Schonung geschehen, wo möglich nicht auf bestellten Aeckern, und nicht aus Chicane; auch muß der Schürfende dem Eigenthümer des Grundstücks den verursachten Schaden ersetzen (Schneider a. a. O. §. 92), und das Grundstück wieder ebenen. Alte Bergordnungen nehmen vom Schürfkreise die Stelle aus, wo das Bett, der Tisch und die Feuerstätte befindlich ist, ebenso ummauerte Fluren und Höfe. S. Schneider a. a. O. §. 80. Ueber Frechheiten beim Salpetersuchen s. Wächter Handb. d. Würt. Pr.-R. Bd. 1 S. 486.

2) Ueber die Wirkung einer Schürfung ohne Schürfzettel s. Hake a. a. O. S. 106.

3) Diese Frist ist oft sehr kurz gestellt, z. B. 3 Tage. S. Schneider a. a. O. §. 99.

hierauf durch Augenschein das Vorhandensein der zum Bergbau erforderlichen Umstände auf der Lagerstätte durch die competente Behörde geprüft worden ist, erfolgt durch diese die Beleihung oder Bestätigung nebst Eintragung des Verliehenen in das s. g. Gegenbuch. Die Größe des zum vollen Eigenthume zu verleihenden Grubenfelds wird durch Abmessung eines Raums nach einem fest bestimmten Maßstabe (nach gestrecktem Felde bei Gängen, nach geviertem bei Flötzen) gewonnen, und es reicht im Zweifel bis in die ewige Teufe, wird aber ebensowohl durch die Territorialgränze als durch einen Erbfluß abgeschnitten[4]). Sowohl für die Ueberlassung dieses als der außerdem noch erforderlichen Räume[5]) muß dem bisherigen Eigenthümer volle Entschädigung geleistet werden, zu welcher regelmäßig auch noch der s. g. Erbkux kommt[6]). Der Staat (als Bergherr) hat dagegen für die Verleihung des Regals den Anspruch auf den Bergzehnten und eine unter dem Namen Quatembergelder zu entrichtende Abgabe, auch, wenigstens in Bezug auf die edlen Metalle, ein Vorkaufsrecht der Erze und Metalle[7]). — In ähnlicher Weise erwirbt Jemand neben einigen besonderen Vortheilen, als dem Stollenneuntel und dem vierten Pfennig während des Baues, ein Occupationsrecht an Mineralien (s. g. Stollenhieb), wenn er, um einem Bergwerke Wasser- und Wetterlosung zu bringen,

---

4) Vgl. darüber de Herder de jure quadraturae metallicae (vom Rechte der Vierung) 1802. Weiske a. a. O. S. 951. Der technische Name für das einer Gesellschaft verliehene Grubenfeld ist „Zeche", ein böhmisches Wort.

5) z. B. für Pochwerke und Haldenplätze.

6) Dieser ist eine untrennbare Pertinenz des Grundstücks. Ueber andere Entschädigungsarten s. Schneider a. a. O. S. 399 flg. Ueberhaupt vergl. Häberlin im Archiv für civ. Prax. Bd. 39 S. 7 flg.

7) S. Hake S. 59—64.

einen Erbstollen treibt[8]); auch dazu bedarf es einer besonderen Belehnung[9]).

§. 97.

Die Ausbeutung eines verliehenen Occupationsrechts an Fossilien kann von einem Einzelnen auf alleinige Rechnung betrieben werden (Eigenlehner), oder auch durch mehrere Eigenlehner, welche Theilnehmer am Gewinn und an der Arbeit sind (s. g. Gesellenbau), deren Zahl jedoch nicht über acht steigen darf. Auf diesen Fall finden die gewöhnlichen Grundsätze über Societät eine unbeschränkte Anwendung[1]). Der gewerbmäßige Betrieb des Bergbaues kann aber auch (und dieß ist regelmäßig der Fall) in der Weise stattfinden, daß eine größere Menge Berechtigter (Gewerken) sich in einer dem Wesen der Actiengesellschaften analogen Weise als Gesellschaft betheiligt (Gewerkschaften[2])). Hier sind die Gesellschafter zu-

---

8) Ein Erbstollen ist aber nur vorhanden, wenn er seinen Zweck wirklich erreicht, und in einer gewissen Tiefe errichtet wird. Durch die Einführung eines noch tieferen Stollens wird der obere „enterbt." S. Pr. Landr. §. 221—252.

9) Dieselben Förmlichkeiten als bei der Muthung und Belehnung mit einem ganz neuen Bergwerke werden beobachtet bei der Erwerbung einer aufgegebenen oder caduc gewordenen Grube.

1) Sie haften Dritten nur pro rata. Charakteristisch für sie ist noch, daß sie den Bau mit eigner Hand betreiben mußten, was jedoch im neueren Rechte dahin gemildert worden ist, daß ihnen auch die Annahme einzelner Bergarbeiter verstattet wird. Vgl. über sie Hake a. a. O. S. 164 flg. Diese Art des Bergbaues wird insofern begünstigt, als die Eigenlehner selbstständiger und von der bergpolizeilichen Aufsicht unabhängiger sind, als die Gewerkschaften. S. Mittermaier §. 250.

2) Vgl. unten §. 198. Auch hier hat der Umstand, daß kein Mitglied auf Theilung bringen könne, Manche veranlaßt, den im Text angegebenen allein richtigen Gesichtspunct zu verlassen. So will Weiske practische Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechts 3. Heft (1847) S. 205 die Gewerkschaften ebenfalls nicht als Societäten, sondern als seine s. g. deutschen Corporationen betrachtet wissen.

nächst Miteigenthümer zu ideellen Theilen an den zum Betriebe des Bergbaues erforderlichen äußeren Anstalten, Baulichkeiten und Geräthschaften; die Theilnahme an den Kosten und dem Ertrage des Bergbaues wird bestimmt durch eine Zerlegung des Gesammtaufwands und der Gesammtausbeute in regelmäßig 128 gleich große intectuelle Theile (Kuxe[3])), so daß der Erwerb eines oder mehrerer dieser Kuxe den Umfang der Beitragspflicht und der Ertragstheilnahme feststellt. Jedoch sind die Gewerken in dem Stadium des Bergbaues, in welchem der Ertrag den Aufwand noch nicht deckt, zu einer außerordentlichen Zubuße verpflichtet, deren Nichtentrichtung nach Ablauf des Quartals Verlust des Kuxes (Eintreten in das Retardat) herbeiführt, welcher dann den übrigen Gewerken anwächst. Der Kux kann frei veräußert werden und die damit zusammenhängende Mitgliedschaft geht durch Eintragung des Erwerbers in das Gegenbuch auf den letzteren über. Die Gewerkschaft hat einen Factor, den s. g. Schichtmeister, wel-

Die oben berührte Eigenthümlichkeit der Gewerkschaften erklärt sich einfach so: bei der römischen societas bedurfte es zur Fortführung derselben nach dem Austritt auch nur eines Gesellschafters des Abschlusses einer neuen Societät; diesem Uebelstande ist man hier dadurch begegnet, daß man die Resultate einer etwaigen actio pro socio schon von vorn herein ablockerte und in s. g. Kuxen fest bestimmte; über diese gab man freie Disposition, und setzte so die Veräußerung an die Stelle der Theilung. — Uebrigens kommt jetzt das Verhältniß der alten Gewerkschaft mehr und mehr außer Uebung und wird durch die moderne Actiengesellschaft ersetzt. Der hauptsächliche practische Unterschied besteht darin, daß bei der Gewerkschaft das Betriebscapital nach und nach je nach Bedarf beigesteuert wurde, während bei der Actiengesellschaft die ganze Summe gleich anfangs beigebracht zu werden pflegt. S. jetzt auch Schneider in der österreich. Vierteljahrsschrift v. Haimerl Bd. 6 S. 162 flg. (1860).

3) Hierzu kommen noch der Erbkux und einige s. g. Freikuxe für Schulen, Kirchen, Arme, Bergknappen u. s. w. S. Schneider §. 277. Der Kux wird als Immobilie behandelt. Die Zahl 128 erklärt sich aus

cher die gewerkschaftliche Zeche unter Mitwirkung der Bergbehörde verwaltet[4]). Die Gewerke erwerben an den occupirten Fossilien Miteigenthum zu ideellen Theilen und empfangen nach Verhältniß ihrer Theilnahme einen entsprechenden Antheil des dafür gelösten Kaufpreises[5]); dem Staate gegenüber werden sie durch einen Lehnträger, welcher mit der Berggerechtigkeit beliehen wird, vertreten.

Unabhängig von der Regalität des Bergbaus ist die dem Staate zustehende Berghoheit, vermöge welcher er den gewerbmäßigen Betrieb der Occupation der Fossilien überwacht und wegen der besonderen Wichtigkeit desselben an beschränkende durch landesherrliche Bergämter zu handhabende gesetzliche Bestimmungen bindet[6]). Daher wird der Schichtmeister von dem Bergamte auf die Beobachtung der gesetzlichen Bergbauvorschriften verpflichtet; daher erklärt sich ferner die Bestimmung, daß die Zeche bei leichtsinnigem Raubbau oder wenn der Beliehene ohne Fristgesuche und Entschuldigung aufhört zu bauen, oder die Quatembergelder viermal nicht berichtigt wurden, in das landesherrliche Frei[7]) zurückfällt. Auf der

---

dem einfachen historischen Grunde, daß man die Berggerechtigkeit in vier Stämmen zu verleihen und einzutragen pflegte, jeden zu 32 Theilen, und daraus eine allgemein angenommene Normalzahl entstand.

4) Insbesondere hat er auch die Bergarbeiter (Knappschaft) zu dingen und zu beaufsichtigen. Diese stehen im Verhältniß einer gewöhnlichen Dienstmiethe. Vgl. Pr. Landr. §. 310—321.

5) Wenn der Bergbau in dem Stadium ist, daß er reinen Gewinn abwirft, so werden hiervon zunächst die beigetragenen Zubußen zurückerstattet; später wird der Gewinn unter sämmtliche Kuxinhaber vertheilt.

6) Diese Bestimmungen sind in den s. g. Bergordnungen und Bergfreiheiten enthalten. Eine Art Berghoheit steht heutzutage auch den Standesherrn zu. Sie wird öfter mit dem Bergregal verwechselt, z. B. von Philipps deutsches Privatr. Bd. 2 S. 62.

7) Duch diesen Verlust der Zeche wird ebenso als durch die Caducität des Kuxes wegen nicht bezahlter Zubuße die fällige Forderung des Bestraften getilgt.

anderen Seite ist sowohl das Bergwerkseigenthum als auch das Bergbaupersonal aus demselben Motive mehrfach privilegirt[8]).

c) Eigenthumserwerb an Salz[1]) durch Occupation.

§. 98.

Die künstliche Gewinnung des Steinsalzes ist allgemein in das Bereich der Bergregalität gezogen worden[2]); aber auch die Regalität[3]) der Salzquellen muß gemeinrechtlich anerkannt werden[4]), obschon solche oft bis in die neueste Zeit dem Privateigenthume der Grundbesitzer oder sonstiger Berechtigter erhalten worden sind. Wo das letztere Verhältniß besteht, nach welchem das Recht der Ausbeutung der Salzquellen Privaten zusteht (Salzjunker, Salzbeerbte[5])), ist es trotz der Regalität

---

8) Solche Privilegien sind: 1) Separation des Bergeigenthums im Concurse; 2) der Lohn der Bergleute hat die Vortheile des Liedlohns bei der Locirung der Gläubiger; 3) Befreiung des Bergwerks vom Arrest; 4) privilegirter Gerichtsstand des Bergpersonals und der Bergstreitigkeiten vor dem Bergamte.

1) J. H. Jung de jure salinarum tum veteri tum hodierno. 1743. 4. Ahasverus Fritsch opusc. var. P. 1 p. 299 — 369. Hüllmann Gesch. der Regalien S. 62 flg. Förster Beschreibung des Hallischen Salzwerks 1793. Vorzüglich s. Zachariä a. a. O. (S. oben §. 95 Note 1.) Boehlau de regal. notione et de salinarum jure regali comment. (Hal. 1855).

2) S. Hake Commentar über das Bergrecht S. 47. Steinsalz wird den übrigen Fossilien regelmäßig gleichgestellt.

3) Davon verschieden ist das Gewerbregal des Salzverkaufs. Vgl. Haubold Sächs. R. S. 258 flg. Schneider österr. Bergrecht S. 99.

4) Preuß. Landr. II, 16 §. 71. Schneider a. a. O. über Oesterreich. Wächter Handb. des Würt. Rechts. I S. 137 u. 850. Haubold a. a. O. und Römer Staatsrecht von Sachsen II. S. 683. Ebenso in Bayern, Hessen, Baden, Nassau. S. Mittermaier §. 259 N. 4. Ueberhaupt s. d. angef. Schriften von Zachariä und Böhlau, und die daselbst herbeigebrachten urkundlichen Nachweise.

5) Auch diese stehen oft im Verhältniß des Miteigenthums zu ideellen Theilen zu einander. Hierbei kommt die Bestellung einer Art Em-

zu schützen; abgesehen hiervon bedarf es zum Erwerbe dieses Rechts einer regelmäßigen, von der Willkür des Regalinhabers abhängenden Verleihung des regalen Rechts. Sehr häufig wird die Ausbeutung der Salzquellen durch ähnliche Gesellschaften betrieben, als die Gewerkschaften beim Bergbau sind; dieß sind die s. g. Pfännerschaften, bei welchen 111 ideelle Antheile (Pfannen) vorkommen.

2) Durch Accession.

§. 99.

Auch im deutschen Rechte[1]) wird der im römischen Rechte ausgesprochene Grundsatz anerkannt, daß das allmählig einem Grundstücke angespülte Land (alluvio) und das Bett eines öffentlichen Flusses, sobald es ganz (alveus derelictus) oder zum Theil (insula nata) vom Wasser verlassen worden, dem anliegenden Grundeigenthümer als eine natürliche Fortsetzung seines Grundstücks anwächst. Nur einige Particularrechte haben diesen natürlichen Zusammenhang zerrissen und die entstandene Insel[2]) oder die Anschwemmung[3]) dem Fiscus zugetheilt.

---

phyteuse zu solchen ideellen Antheilen häufig vor. S. Jaeger de emphyteusi salinaria praesertim Halae. 1760.

1) Sachsenspiegel II, 56 §. 3: „Swilch werder sich erhebit binnen einem vlize, wilcheme stad her naher is, zu dem stade gehoret der werder. Is her mitten inne, her gehoret zu beiden staden; daz selbe tut der abganc ab her vertruget.“

2) S. schon das Urtheil König Adolph's v. 1294 bei Pertz Mon. II, p. 460, in welchem es im § 1 heißt: quod si insula nata est in Rheno vel alio flumine in comitatu alicujus comitis,— eadem insula potius spectat ad imperium et ad ipsum comitem, quam ad alium dominum, cujus districtus protenditur ad ripam fluminis praelibati.“ S. österr. Gesetzb. §. 407. 408 und Haubold Sächs. R. 231. Bei öffentlichen Flüssen ist dieß freilich nach der Natur der Sache nicht ungerechtfertigt. Vgl. Bayr. Ges. v. 28. Mai 1852 §. 28.

3) Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatr. III. S. 424.

3) Eigenthumserwerb an Früchten[1]).

§. 100.

Diejenigen Industrialfrüchte, deren Gewinnung eine vorausgehende Arbeit voraussetzt[2]), wurden nach älterem deutschen Rechte schon als erworben (verdient) angesehen, sobald die zu ihrer Erzeugung nothwendige Arbeit geschehen war (wenn die Egge das Land bestrichen[3])). Dieser Erfolg trat jedoch nicht für den ein, welcher wissentlich auf einem fremden Grundstücke jene Arbeit vollzogen hatte[4]). Einzelne sächsische Particularrechte haben diese Rechtsvorschrift bewahrt[5]).

4) Ersitzung.

§. 101.

Das deutsche Recht kannte keinen Eigenthumserwerb durch Ersitzung, das Institut ist aber nach den Grundsätzen, welche das römische Recht darüber enthält, in Deutschland aufgenom=

---

1) S. Heimbach die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten 1843. S. 270 flg.

2) z. B. Getreide, Wein, Gemüse. S. Heimbach a. a. O. S. 293 flg.

3) S. vorzüglich Sachsensp. II, 58; Sachsensp. III, 76 §. 3: „nimt en man ene wedewen, die egen oder len, oder liftucht oder san zinsgut hevet, svat so he in dem gute mit sime pfluge arbeidet, stirft sin wif er der sat, he sal't vul arbeiten und seien und afsniden, und tins und plege sal he daraf geven jenen, uppe den it gut irstirft." (Vgl. Schwabensp. [W.] 128.) Sachsensp. III, 76 §. 4: „Stirft di vrowe na der sat, als die egede dat lant began hevet, die sat is ires mannes."

4) Vgl. Sachsensp. II, 46 §. 1. Schwabensp. (Laßb.) Art. 211.

5) S. Sachse Weimar. Recht. §. 254. Haubold §. 183. Am wichtigsten wird diese Rechtsvorschrift, wenn es sich um die Absonderung eines Vermögens in Theile handelt, welche an verschiedene Berechtigte gelangen, z. B. Trennung des Allodialvermögens vom Stammgut. Ueber das Lehen siehe unten §. 131.

men worden. Wenn es dessenungeachtet in den Particulargesetzen und dem Gewohnheitsrechte einzelner Länder durch einheimische Rechtsideen modificirt worden ist, so ist dieß meistentheils dadurch geschehen, daß man es mit einem ganz verschiedenartigen älteren deutschen Institute in eine wirksame Verbindung setzte. Dieß ist die Bestimmung der mittelalterlichen Rechtsbücher und Statuten, daß nach Ablauf einer Frist von einem Jahr sechs Wochen und drei Tagen[1]) seit der gerichtlichen Uebertragung oder der Vererbung[2]) eines Grundstücks die Ansprüche Dritter[3]) auf das letztere, sofern ihnen die Klagerhebung möglich war[4]), erloschen sein sollten und der Erwerber fortan seinen Besitz kraft eigenen Rechtes (rechte Gewere) zu schützen vermöge[5]), welche Vorschrift dann auch in mannigfaltiger Anwendung auf bewegliche Habe ausgedehnt wurde[6]). Von dieser erlöschenden Verjährung, welche sich

1) Ueber die Bedeutung dieser Frist von Jahr und Tag und ihre Verbindung mit dem älteren deutschen Geeichtsverfahren s. oben §. 66 Note 2. — S. über das Ganze Unterholzner Verjährungslehre §. 22.

2) Ueber die Modificationen, welche die Entstehung der rechten Gewere aus dieser causa voraussetzte, s. Albrecht Gewere S. 105.

3) A. M. Eichhorn Einl. §. 176 Note 1, welcher die Erlöschung der Klagen Dritter nur für einzelne Fälle annehmen will. Die Stelle, welche ihm dazu Veranlassung giebt, Sspl. II, 43, spricht gar nicht von dem Fall der rechten Gewere. S. Albrecht a. a. O. Not. 207 u. 839.

4) Es entschuldigt Nichtwissen, Abwesenheit, Unmündigkeit. Albrecht S. 114.

5) Vgl. z. B. Sachsensp. II, 44 und 42 §. 2: „hat aber ir ein eine rechte gewere an deme gute jar und tag gehat ane rechte widersprache, her en verluset dar mete sin gut nicht, ab ime sin gewere abwichen tut zu rechter gewerschaft, deste erz selbe verste nach sime rechte.“ Ueber die rechte Gewere überhaupt s. die trefflichen Ausführungen Albrecht's a. a. O. S. 99—124.

6) Erlöschung der Befugniß, geraubtes, gestohlenes, verlornes oder scheinbar erbloses Gut aus der Hand des bewahrenden Richters nach Jahr und Tag zu reclamiren. Albrecht S. 120 flg. Ebenso wenn Je-

selbst nur in wenigen Anwendungen erhalten hat[7]), ist durch Gerichtsgebrauch in den Ländern des sächsischen Rechts[8]) das Zeitmaß an die römische ordentliche Ersitzung in der Art angepaßt worden, daß für den Erwerb beweglicher Habe der Ablauf von Jahr und Tag[9]), von Grundstücken dagegen der Ablauf von ein und dreißig Jahren sechs Wochen und drei Tagen[10]) bestimmt ist. Die sonstigen Erfordernisse der Ersitzung werden durch diese Bestimmungen nicht berührt[11]).

II. Schutz des Eigenthums.

§. 102.

Das ältere deutsche Recht betrachtete die Klage auf Zurückgabe fahrender Habe (anfang) in der Regel als eine Delicts=

---

mand fahrende Habe durch Richterspruch oder Erbschaft an sich gebracht hatte. Schwabensp. (Wackernagel) 372. Sachsensp. II, 31, 37.

7) Nämlich 1) nach Lübischem revid. Stadtr. III, 6, 3 und I, 8, 2 sowie nach Rostock. Stadtr. III, 6 und Hamb. Stadtr. I, 30, 3 u. II, 8, 7 kommt diese Extinctivverjährung als rechte Gewere bei aufgelassenen Immobilien noch unverändert vor. Eichhorn Einl. §. 177, h sieht dieß Institut irrig als eine erwerbende Verjährung an. 2) Nach Lüb. R. I, 8, 1 kann gestohlnes, nach VI, 5, art. ult. und Hamb. Stat. II, 9, 3 (u. andern Stadtrechten) über See und Sand gekommenes Gut nach Jahr und Tag nicht mehr vindicirt werden. Dieß wird von Vielen, z. B. Eichhorn a. a. O. R. c u. Mittermaier §. 164, IV. fälschlich als Acquisitivverjährung behandelt. 3) Als erlöschende Verjährung der Retractsklage, und 4) der Muthungsbefugniß beim Lehen ist diese Verjährnng noch jetzt gemeinrechtlich.

8) Haubold Sächs. R. §. 185.

9) S. auch in der Nürnb. Reform. II, 16, 9, wo eine einjährige Frist bestimmt ist. Acquisitivverjährung der Mobilien von Jahr und Tag findet sich ferner noch in einigen Statuten norddeutscher Städte (nicht zu verwechseln mit Note 7, 2), z. B. Lüneb. Stadtr. 2, 9. Vgl. auch das Hadeler Landr. 2, 18.

10) Sachsensp. I, 29 hat dazu Veranlassung gegeben. S. Grimm Rechtsalt. S. 224.

11) Die noch in neuester Zeit vertheidigte Ansicht, daß in den Fällen von Note 7, 1 und 2 justus titulus und bona fides erforderlich

klage, indem es bei dem Besitzer voraussetzte, daß er sie durch Diebstahl oder Raub an sich gebracht habe. Bei dieser Voraussetzuug wird es erklärlich, daß jene Klage nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch einem andern durch das angebliche Delict Verletzten unter Umständen zugeschrieben, sowie daß sie umgekehrt in manchen Fällen selbst dem Eigenthümer abgesprochen werden konnte, in denen eine privatrechtliche Eigenthumsverletzung ohne Zweifel vorlag. Mehrere solche Fälle faßte der Sachsenspiegel [1]) zu einem principiellen Satze zusammen; an diese Fas-

---

sei, beruht auf der falschen Auffassung dieser Verjährung als einer Ersitzung.

1) Sachsensp. II, 60: „welch man einem andern leihet oder setzet pferd oder cleit oder icheiner hande varnde habe (zu welcher wis her die uz sinen geweren let mit sime willen), verkouft si der, der si in geweren hat, oder versetzt her si, oder verspielt her sie, oder wird sie ime verstolen oder abgeraubet, jene, die si verligen, oder versatzt hat, der en mac da nicheine vorderunge uf haben, ane uffe den, deme her sie leicht oder versatzte. Stirbet aber jene rechtes todes oder unrechtes, so zihe he sich zu sime gute mit rechte gein den erben oder gein den richter, ab ez an in geburt.“ Dazu verm. Sachsensp. IV, 42, 14: „welch man eyme andern manne setzt oder leihet pferd — —, der sy vorlegen adder vorsatzt hatte, en mag keyne forderunge getun, noch anefang doruf haben. Forderunge mag he wol zu deme haben, deme her sie liehet adder setzt.“ Diese und ähnliche Aeußerungen wiederholen sich, jedoch mit kleinen Verschiedenheiten, außerordentlich häufig. S. die Stellen bei Kraut Grundr. §. 103 und 115. (Anders in den friesischen Rechtsquellen; Richthofen Wörterbuch S. 1136 s. v. Wera.) — Noch heutzutage wird sehr häufig auf diese Stelle hin ein Unterschied zwischen „Forderung“ und „Anfang“ in der Art gemacht, daß jenes die persönliche Klage, dieses die Vindication bezeichnen soll; dieß läßt sich aus den Quellen nicht erweisen, indem aus ihnen vielmehr allein zu entnehmen ist, daß „Anfang“ technisch die Klage auf Rückgabe eines gestohlenen oder geraubten oder unredlich behaltenen Gegenstandes war. S. auch Cropp in d. N. 2 angef. Schr. S. 283, Planck Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 10 S. 245 N. 93 und S. 246 N. 94. Ueber Richtsteig 11 a. E., s. Gaupp in der Zeitschr. für deutsch. R. Bd. I S. 113.

sung, in welcher die Stelle in viele Statuten übergegangen ist, knüpfte man später die daraus abstrahirte allgemeine Regel an [2]),

---

2) Die Erklärung des Rechtssatzes „Hand muß Hand wahren" ist von jeher als eine schwierige Aufgabe betrachtet worden. Manche fanden ihn so unerklärlich, daß sie überhaupt seine Existenz in Abrede stellten, z. B. Schilter pr. jur. Rom. exerc. 25 §. 6 und Eichhorn Rechtsgesch. §. 261 b, der in der Stelle des Sachsensp. II, 60 nur ein Absprechen der Klage auf Buße und Wedde findet, nicht auch der Vindication, und die spätere Existenz des Rechtssatzes auf ein Mißverständniß dieser Stelle zurückführt. Besonders häufig ist der Grundsatz von denen benutzt worden, welche dem deutschen Rechte eine das Sachenrecht modificirende Theorie der Gewere aufprägen wollten, z. B. findet Albrecht darin den sprechendsten Beweis für seinen Satz, daß nicht im Eigenthum als solchem, sondern in der Gewere das Klagerecht liege (vgl. auch Budde de vindicat. rer. mobil. Germ. 1837), und Sandhaas sieht darin den Beweis, daß mit dem Aufgeben des Besitzes (Gewere) das Recht selbst erlösche (germanistische Abhandl. S. 102). Andere Erklärungsversuche s. bei Gaupp Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 1 S. 111, bei Brackenhöft ebendas. Bd. 5 S. 133, und bei Walter deutsche Rechtsgesch. §. 540. — Die nach meiner Ansicht allein richtige Erklärung (s. Gerber in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. F. Bd. 11 S. 25 flg.) soll in Folgendem angedeutet werden. Vor Allem darf man nicht bloß ausgehen von Sachsensp. II, 60, einer Stelle, die ungenau ist und selbst erst der Erklärung bedarf. Der Ausgangspunct ist vielmehr 1) der Grundsatz des deutschen Rechts, daß die Vindication fahrender Habe im Mittelalter durchweg als Delictsklage, nämlich als Klage auf Zurückgabe gestohlenen und geraubten Guts betrachtet wird. Sachsensp. II, 36. Freib. Stadtr. v. 1120 §. 32. Augsb. Stadtr. bei Walch IV S. 148. Ed. Roth. c. 235. Hieraus erklärt es sich, daß man diese Klage nicht immer als die Wirkung des verletzten Eigenthums, sondern zunächst als eine Verletzung des Interesse des besitzenden Nichteigenthümers (der die Entschädigung geben muß) betrachten konnte. Diesem gab man daher zunächst die Klage und erst eventuell dem nicht besitzenden Eigenthümer. Dieß wird klar ausgesprochen in L. Liutpr. Lang. R. 6, 78 und im Schwabensp. 181 („und ist daz mir ein guot verstolen wirt, daz min niht ist, da sol ich der klager umbe sin; und stirbe ich, oder entwich ich von der klage, so sol der dar nach klagen, des ez da ist"). Vgl. über den Grundsatz und dessen Modificationen (beim Depositum u. s. w.) Cropp in Trummer's und Hudtwalker's crim. Beitr. Bd. 2 S. 241 flg. Dieß ist der erste Satz, den Sachsensp. II, 60 ausspricht. —

daß die Vindication fahrender Habe, wenn diese mit dem Willen des Eigenthümers auf eine das Eigenthum nicht übertragende Weise in den Besitz eines Andern gekommen sei, dem Eigenthümer gegen den weiteren Besitzer nicht zustehe, indem er vielmehr nur eine Klage gegen den ursprünglichen Empfänger derselben habe (Hand muß Hand wahren[3])). Nachdem man einmal diesen angeblich dem älteren deutschen Rechte angehörenden Rechtssatz gewonnen hatte, bildete man ihn in den neueren Particularrechten weiter aus, indem man ihm verschiedene ganz moderne Principien unterlegte, z. B. das Interesse des Handels und Verkehrs bei der Unanfechtbarkeit des Besitzes. Auch sah man sich bei seiner particularrechtlichen Festsetzung zu verschiedenen Modificationen desselben gedrängt[4]); entweder setzt hiernach die Beschränkung

2) Der Sachsenspiegel faßt nun mit diesem Satze einen zweiten, nur ähnlichen zusammen, nämlich den, daß, wenn der Entlehner selbst die geliehene Sache treulos unterschlägt, derjenige, der sie von diesem erwirbt, nicht als Dieb oder Räuber betrachtet und deshalb auch nicht der Diebstahlsklage (Anfang) des Eigenthümers ausgesetzt ist, welchem vielmehr nur eine Entschädigungsklage gegen den Entlehner zusteht. Diese Eigenthümlichkeit nahm das mittelalterliche Recht in den Fällen des technisch s. g. Leihens an (nicht beim Depositum, der Hingabe an das Gesinde, der Verkaufscommission und der Hingabe an Handwerker). Statt des Beweises verweise ich der Kürze halber auf Cropp S. 62—68 u. S. 272 N. 50. Der innere Grund war ohne Zweifel der: Bei diesem Geschäfte erwartete man, wie es beim Darlehen noch jetzt der Fall ist, nicht sowohl die Zurückgabe der Sache selbst, als vielmehr ihres Werthes. Vgl. z. B. Lübisches Recht bei Brokes 333 S. auch Sachsensp. III, 5, 4. (Neue Untersuchungen giebt Rückert in der §. 72 N. 4 cit. Schrift.)

3) Ueber das spätere Alter des Sprüchworts s. Albrecht a. a. O. N. 187. Es gilt auch dafür das andere Sprüchwort: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen."

4) Schon aus der obigen Fassung der Regel geht hervor, daß die Anwendung derselben nicht bloß stattfindet, wenn der Dritte die Sache titulo dominii erwarb, sondern auch wenn er als bloßer Pfand-

der Vindication bona fides bei demjenigen voraus, welcher die Sache vom ersten Empfänger erhielt[5]), oder es ist gegen den gutgläubigen Besitzer nur ein Wiedereinlösungsrecht gegen Zahlung des von diesem gegebenen Preises gestattet[6]), und außerdem wird die ganze Regel gemäß dem älteren deutschen Rechte[7]) häufig außer Anwendung gesetzt, wenn die ersten Empfänger Dienstboten und Handwerker waren[8]), denen der Gegenstand zur Verarbeitung gegeben wurde. Neuere Gesetzgebungen[9]) sind endlich mit einer zu großen Begünstigung des Verkehrs noch weiter gegangen, indem sie die Vindication gegen den gutgläubigen Besitzer außer dem obigen Falle auch dann ausschließen oder doch nur gegen Erstattung des Kaufpreises zulassen, wenn er die Sache auf offenem Markte, in einem offenen Laden und von Leuten, welche zum Verkauf solcher Sachen berechtigt oder überhaupt

---

gläubiger besitzt. Immer aber muß er schon wirklicher Besitzer durch Tradition geworden sein, wenn die Vindication der Sache ausgeschlossen sein soll. Eichhorn §. 172. Gegen den ersten Empfänger ist die Klage nie ausgeschlossen.

5) So bes. die Hamb. Statuten v. 1603. Tit. II. 2, 7.

6) So das Revid. Lüb. R. III, 2, 1 und 3.

7) Cropp a. a. O. S. 251 flg.

8) S. z. B. Lüb. Stadtr. III, 8, 17; ebendas. III, 6. 5 (Sachsensp. III, 6 §. 1), Hamb. Stadtr. 2, 9, 7. Ueber einen besonderen Fall dieser Art s. Cropp in seinen und Heise's juristischen Abhandlungen 2. Bd. Nr. 9.

9) So das Pr. Landr. I. 15 §§. 25, 42, 43, 44. Oesterr. Gesetzb. Art. 367. Noch weiter geht nach Mittermaier §. 154 Not. 5 das Luzerner Gesetzbuch Art. 256. In dieser Erschütterung des Eigenthums liegt eine unweise Begünstigung des Obligationenrechts, und das Bedürfniß eines solchen Rechtssatzes für den Credit im Handelsverkehr erscheint mehr als ein nur eingebildetes, wie dieß die Erfahrung in den Ländern beweist, welche den Satz bisher nicht hatten. (S. aber schon das Stadtr. v. Colmar v. 1293 §. 23 bei Gaupp deutsche Stadtrechte des Mittelalters I S. 118.)

unverdächtig sind, oder in öffentlichen Versteigerungen erworben hat*). Dieses Privilegium genießen namentlich die Leihhäuser[10]), welche eine versetzte Sache nur gegen Erlegung des Pfandgelds zu restituiren brauchen.

Drittes Capitel.

Rechte an fremden Sachen.

Erster Abschnitt.

Lehnrecht[1]).

Einleitung.

§. 103.

Der Umfang und die Dauer der Eigenthumsbeschränkung durch das Lehnrecht läßt dieses als das wirksamste unter den

---

*) Das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 306 läßt bei der Veräußerung und Uebergabe von Waaren im Handelsbetriebe eines Kaufmanns für den redlichen Erwerber Eigenthum entstehen, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das frühere Eigenthum ist danach erloschen. Dieß soll nicht gelten bei gestohlnen oder verlornen Waaren.

10) S. die bei Mittermaier a. a. O. Not. 27 angef. Gesetze. Dasselbe Privilegium hatten früher die Juden. Vgl. schon Sachsensp. III, 7 §. 4. Verm. Sachsensp. III, 1, 35.

1) Literatur und Quellen des Lehnrechts: Johann Schilter institutiones juris feudalis Germanici et Longobardici. 1673 u. öfter. Dazu F. K. v. Buri ausführliche Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts 1732—38 herausg. v. Runde 1788. Boehmer principia juris feudalis 1765. ed. 7. cur. Hoppenstedt 1805. ed. 8. cur. Bauer 1819. Dazu: Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts in einem Commentar über die Böhmerschen principia jur. feudal. 3. Aufl. 1799. 4. Erste und zweite Forts. 2. Aufl. 1794 und 1795. 4. Th. Hagemann Einleitung in das gemeine in Deutschland übliche Lehnrecht. 1801. C. W. Pätz Lehrbuch des Lehnrechts herausg. v. Göde. 1808. Ph. J. Mayer Handbuch des gem. und Bayr. Lehnrechts 1831. — Größere Werke über das Lehnrecht sind: A. Struv

Rechten an einer fremden Sache erscheinen und nähert dasselbe dem Eigenthume.

Der Inhalt des Lehnrechts ist nicht das Erzeugniß eines regelmäßigen Bedürfnisses des allgemeinen Rechtslebens,

---

syntagma jur. feudalis. 1653. cur. Senckenberg. 1734. 4. G. M. Weber Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts nach den Grundsätzen G. L. Böhmer's. 4 Thle. 1807—1811 (Register v. 1818). — Ein Grundriß ist geliefert von Dieck das gemeine in Deutschland gültige Lehnrecht im Grundrisse mit beigefügten Quellen. 1823. 2. Ausg. 1827. — Als Bearbeitung des particulären Lehnrechts verdient hervorgehoben zu werden: Zachariä Handb. des Sächsischen Lehnrechts. 1796. 2. Ausg. von Weiße und v. Langenn. 1823, und Roth Mecklenburgisches Lehnrecht 1858. — Eine Reihe von Abhandlungen, welche das ganze Lehnrecht umfassen, hat Pfeiffer in Weiske's Rechtslexicon geliefert 6. Bd. S. 386 bis 651 (1845). Fernere Abhandlungensammlungen sind: C. A. Jenichen Thesaurus juris feudalis. 3 Tom. 1750—54. C. F. Zepernik Sammlung auserlesener Abhandlungen aus dem Lehnrechte. 4 Thle. 1781—84. Dess. Analecta jur. feudalis sive selectae observat. feudal. 2 Tom. 1783—84. Dess. Miscellaneen zum Lehnrecht. 4 Bde. 1787. 94. Fernere Abhandlungen eines Verfassers sind gesammelt in folgenden Schriften: Thomasii selecta feudalia ed. 2. 1728. 2 Tom. Buder amoenitates jur. feudalis 1741. Ludewig jura feudor. Romani imperii atque Germaniae principis et provinc. nobil. landsass. 1740. Kopp auserlesene Proben des deutsch. Lehnrechts 2. Aufl. 1757. 2 Thle. Hommel oblectamenta jur. feudalis. 1755. Boehmer observat. jur. feudalis. ed. 2. 1784. Dessen Electa jur. feud. 2 Tom. 1795. Vermehren Erinnerungen an's Lehnrecht. 1827 u. A. m. Die beste Arbeit über das deutsche Lehnrecht ist von Homeyer im 2. Bande des 2. Theils des Sachsenspiegels (1844). S. 261 flg. Ueber die Bearbeitung des Lehnrechts des Schwabenspiegels von Schilter vgl. §. 15 Not. 11.

Ueber die wichtigste Quelle des heutigen Lehnrechts, die libri feudorum (welche hier nach dem Kriegel'schen Corp. jur. citirt sind) s. §. 16. Die wichtigsten particulären Lehensordnungen und Privilegien aus älterer Zeit sind abgedruckt bei Lünig Corpus jur. feudalis germ. oder Sammlung der deutschen Lehnrechte und Gewohnheiten. 3 Thle. Fol. 1727. Außerdem sind hervorzuheben: Kursächsisches Lehnsmandat v. 1764 (angeh. an Zachariä's Handbuch des Sächs. Lehnr.). Altenburg. Lehnsedict v. 1795. Badisches Edict v. 12. Aug. 1807. Bayrisches Lehnsedict v. 7. Jul. 1808 (hinter d. 4. Bande von Weber's

es waren zufällige Interessen des öffentlichen Lebens, welche das Institut hervorriefen. Sowie man die Freiheit und Unfreiheit in der Verbindung mit einem Grundstücke zu verkörpern wußte, so sollte auch die Treue an den Grund und Boden gefesselt werden. Denn das germanische Staatsleben kannte seit dem Ende des neunten Jahrhunderts nicht mehr die gleichmäßige und durch sich selbst nothwendige Unterwerfung Aller unter eine öffentliche Gewalt, welche durch einen Herrscher repräsentirt wird; man glaubte die Vermittlung einer besonderen Unterwerfung zu bedürfen, welche als ein freiwilliges theilweises Aufgeben der Persönlichkeit erschien und in der Huldigung beim Empfang eines Grundstücks bestand. Sofern diese individuelle Hingebung nun nicht bloß vom Könige, sondern auch von den zahllosen kleineren Gewalthabern in Deutschland in absteigender Stufenleiter durch Lehnsreichung gesucht wurde, war es möglich, daß das lehnrechtliche Verhältniß die Bedeutung einer allgemeinen Form der staatlichen Abhängigkeit erreichte und das ganze deutsche Reich mit seiner vielarmigen Gliederung durchrankte.

Schon seit langer Zeit hat man den Irrthum im Lehnstaate vollständig erkannt. Die Unterwerfung unter die öffentliche Gewalt ist nicht mehr der die Persönlichkeit schwächende willkürliche Act des Einzelnen, sondern die nothwendige Verwirklichung des Rechts in der Gesammtheit des Volks. So hat das Lehnrecht seine Bedeutung für den Staat verloren. Aber auch für den Privaten ist sein wesentliches Interesse nunmehr geschwunden; denn für die Verpflichtung zu Leistungen und Handlungen, welche der Verkehr fordert, gewährt das heutige Recht eine reiche Mannigfaltigkeit befriedigender

---

Commentar). Gothaisches Lehnsmandat v. 6. Jan. 1800. Hannöv. Ges. v. 13. Apr. 1836.

Formen, und eine darüber hinausgehende Unterwerfung, welche ein Aufgeben der Persönlichkeit an den Willen eines Privaten oder einen Rechtszwang des Gefühls und des Herzens einschließt, liegt weit ab von der Bahn des heutigen Rechtes.

So ist es gekommen, daß das Lehnrecht seine eigentliche Bedeutung eingebüßt hat; der Kern desselben, die persönliche Verbindung der Subjecte, ist zu einem gehaltlosen Schattenbande geschwunden, und nur das Substrat, die sachenrechtliche Grundlage, ist geblieben. Aber auch diese ist als solche für die Zukunft ohne Berechtigung, da sie ihren geistigen Gehalt verloren hat[2]). Die allein mögliche Auffassung des Lehnrechts in der Gegenwart ist demnach die Betrachtung desselben als einer partiellen Unterwerfung einer Sache unter den Willen einer Person, so daß es sich den übrigen Rechten an fremden Sachen anreiht, wenn es auch immer in ausgezeichneten Eigenthümlichkeiten noch die Spuren einer Vergangenheit zeigt, welche es ehemals weit über die Schranken dieser Stellung hinaustrugen[3]).

---

2) Ueber die Geschichte des Lehnrechts s. Zachariä in der Zeitschr. f. deutsch. Recht 7. Bd. S. 36 flg. Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte §. 16, §. 26 Nr. I, §. 47 und §. 141. Gaupp germanische Ansiedlungen und Landtheilungen S. 427 flg. Waiz deutsche Verfassungsgeschichte 2. Bd. S. 208 flg. 4. Bd. S. 151 f. Vorzüglich aber Roth Gesch. des Beneficialwesens von den ältesten Zeiten bis in's zehnte Jahrhundert 1850. — S. auch Liebe der Grundadel und die neueren Verfassungen 1844. S. 24 flg. Perthes das deutsche Staatsleben vor der Revolution 1845. S. 21 flg. Vgl. besonders die schön geschriebenen und tief empfundenen Worte Homeyer's als Schlußbetrachtung seines trefflichen Systems des Lehnrechts S. 627 flg.

3) In den öffentlichen Charakter des Lehnrechts und der der Abgeschlossenheit desselben entsprechenden Trennung des Lehnsprocesses, Lehngerichtes und des Standes der Lehnsleute lag der Grund, daß das Mittelalter das Lehnrecht dem Landrechte als eine parallele Größe gegenüberstellte und demnach auch formell in den Rechtsquellen seine Behandlung trennte. Es giebt Schriftsteller, welche auch für das heutige

Begriff.

§. 104.

Die ausgedehntesten erblichen Nutzungs- und Gebrauchsrechte an einer fremden Sache, sofern sie sich auf eine Verleihung durch den Eigenthümer gründen, welche zugleich eine Verpflichtung des Verleihers und Beliehenen zu wechselseitiger Treue hervorruft, nennt man Lehen [1]), Lehnrecht (feudum [2])). Der weite Umfang der im Lehnrecht liegenden Berechtigung macht es denkbar, daß ein ganzes Vermögen wenigstens größtentheils in feudalen Rechten bestehe; dadurch

---

Recht eine Trennung des Lehnrechts vom übrigen Privatrechte verlangen, ganz besonders Dieck in der Zeitschrift für deutsches Recht 3. Bd. S. 161 flg. Die meisten Gründe beruhen auf einer unrichtigen Auffassung der Stellung des Lehnrechts in der Gegenwart. Der einzige innere Grund könnte nur auf die Verschiedenheit der lehnrechtlichen Quellen von denen des übrigen Privatrechts mit einigem Schein gestützt werden, indem jene durch spätere Particularrechte wenig modificirt und unmittelbar anwendbar sind. S. indessen Gerber das wissenschaftl. Princip. S. 286 und oben §. 7 Note 3.

1) II feud. 23 §. 2: „Beneficium — ex benevolentia ita datur alicui, ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, ususfructus vero illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos masculos — in perpetuum pertineat: ad hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant." Das Wort Lehen wird ebensowohl für das Recht als für das Lehengut gebraucht. Das Recht des Lehnsherrn, nämlich das Eigenthum an der Sache und das Recht auf vasallitische Lehnstreue, wird regelmäßig als dominium directum, das Recht des Vasallen, d. h. das lehenrechtliche Nutzungsrecht und der Anspruch auf lehnsherrliche Protection als dominium utile bezeichnet. Diese Ausdrücke müssen nach §. 77 als unwissenschaftlich vermieden werden.

2) Die Ableitung des Wortes feudum ist bestritten. Einige leiten es von fideles — feaux, Andere von fe — od, Andere endlich wohl richtiger von dem altgothischen faihu, althochd. feo ab. S. Homeyer Lehnrecht S. 275. Leo (Vorlesungen über die Geschichte des deutschen Volks u. Reichs 1. Bd. (1854) S. 526) behauptet keltischen Ursprung.

wird ein Gegensatz gegen dasjenige Vermögen hervorgebracht, welches durch nichtlehnrechtliche Gegenstände gebildet wird, und allodiales Vermögen heißt[3]). Ein fernerer Gegensatz gegen das eigentliche Lehen wird durch diejenigen erblich verliehenen Nutzungsrechte gebildet, welche ohne die Verbindung der Lehnspersonen durch die Verpflichtung zur ritterlichen Treue bestehen; dahin gehören besonders die bäuerlichen Lehen, Feudaster, welche in der äußern Form dem eigentlichen Lehen oft nachgebildet sind[4]). Keine Scheidung im Lehen wird durch den Begriff der s. g. Sonnenlehen hervorgebracht, d. h. Güter, deren allodiale Eigenschaft mit einer dem Lehnrechte abgeborgten Ausdrucksweise bezeichnet wurde[5]).

---

3) Die regelmäßige Behauptung, daß für die Allodialität die Vermuthung streite (vgl. Eichhorn §. 192 N. i), läßt sich weder auf II feud. 26 §. 1 und 2 (welche Stelle nur von provisorischer Regulirung handelt), noch auf II feud. 41 stützen (selbst wenn man die letztere Stelle im Sinne des altdeutschen Processes erklärt). Es treten vielmehr die gewöhnlichen processualischen Grundsätze ein, nach denen allerdings den, welcher die Lehnbarkeit behauptet, regelmäßig die Beweislast dafür treffen wird, während es genügen wird, wenn der andere Theil das Eigenthum darthut. — Der Gegensatz von Lehen in den deutschen Rechtsbüchern ist: Eigen.

4) Der Name „Lehen" entscheidet hier nicht; es kommt hier auf Observanz und Untersuchung der localen Verhältnisse an. S. unten §. 139. Nach Gesenius Meierrecht II S. 135 muß der Meier in manchen Gegenden sogar eine Art Lehnseid leisten. — Die deutschen Rechtsbücher setzen dem rechten Lehen (welcher Ausdruck jedoch auch andere Gegensätze hat, s. Homeyer S. 280), d. h. dem manlike lien, das Leihen ane manscap (homagium) entgegen, welches bald ein Hoflehn (hovelen), bald ein Zinslehn (Homeyer S. 276) oder Zinsgut (tinsgut) ist. Vgl. Sächs. Lehnr. Art. 60 §. 1 u. 63 §. 1.

5) S. Grimm Rechtsalt. S. 278 u. 279. Ahasv. Fritsch opusc. var. T. 1 Nr. 1. Schoppius bei Struve jus feud. §. 13 in fin.: „Das Stammhaus Werberg und Güter ist nebst andern Lehnstücken der Herrn von Werberg bei Helmstätt uhralt Eigenthum gewesen. Es hat

Die Subjecte des Lehens sind der Lehnsherr (dominus feudi, senior) und der Lehnsmann oder Vasall[6]). Von der Lehnsherrlichkeit verschieden ist die Lehnshoheit, d. h. das dem Staate zustehende Hoheitsrecht über alle Lehen; ist der Inhaber der Lehnshoheit, der Staat, zugleich Lehnsherr (Staatslehen im Gegensatz der Privatlehen), oder der Lehnsherr Unterthan des Staats, welcher im einzelnen Falle die Lehnshoheit hat, so ist ein landsässiges Lehen, feudum in curte, vorhanden, im Gegensatze des feudum extra curtem. Staatslehen der letzteren Art sind durch neuere Staatsverträge größtentheils aufgehoben[7]). Ehemalige Reichslehen dagegen sind nach Auflösung des Kaiserreichs entweder allodificirt[8]) oder in einfache Staatslehen verwandelt worden[9]).

---

aber solches der Senior gegen der Sonnen-Aufgang mit Harnisch und bloßem Schwert anreitend, und ein Creutzstrich in der Sonnen Strahlen schlagend, addita quadam devotione et pauperibus eleemosynis datis, a Deo recognosciret." Sachße histor. Grundl. d. deutschen Rechtslebens S. 425. Ueber eine andere Art von Sonnenlehn s. Ortloff Grundz. S. 351.

6) In den Rechtsbüchern heißt der dominus feudi Herr, der Vasall: Mann. Nicht bloß der vasallus possessor, sondern auch die eventuell berechtigten Agnaten und Mitbelehnten gehören zu den Lehnspersonen.

7) S. Reichsdeputations-Hauptschluß v. 1803. §. 29. Preßburger Friede Art. 15. Rheinbundsacte Art. 34. Wiener Congreßacte Art. 18 u. 19. Hiernach verzichtete man gegenseitig auf die Lehnsherrlichkeit.

8) Dieß ist mit den souveränen Staaten der Fall gewesen. Es widerstreitet der Souveränetät, von einem Lehnsherrn abhängig zu sein. S. Wippermann Steht die Grafschaft zu Waldeck unter hessischer Lehnsherrlichkeit? 1847. Es versteht sich jedoch von selbst, daß das privatrechtliche Heimfallsrecht des Lehnsherrn bestehen bleibt. — Ebensowenig kann jetzt ein Souverän Vasall eines Unterthanen sein. Daher die bayr. Verordn. v. 17. April 1807.

9) Dieß ist der Fall mit den Reichslehen der Mediatisirten; s. Klüber öffentl. R. d. deutsch. Bundes §. 538. Mayr Lehnrecht §. 6. Dieser Uebergang der Lehnsherrlichkeit des Reichs auf die Bundesfürsten

§. 105.

Wesentliche Voraussetzungen eines Lehens (essentialia feudi), deren Mangel dem fraglichen Verhältnisse den Charakter des Lehens entziehen würde, sind 1) eine zur Anwendung des Lehnsinstituts fähige Sache; 2) das Vorhandensein einer Person, welcher die Lehnsherrlichkeit zusteht; 3) eine oder mehrere Personen, welche die dinglichen vasallitischen Rechte am Lehnsgegenstande haben; 4) die Lehnstreue (fidelitas), als eine beide Parteien verpflichtende und berechtigende persönliche Verbindung. Der ursprüngliche Zweck des Lehnsinstituts, die Leistung von Ritter- und Kriegsdiensten zu versichern, sowie die spätere geschichtliche Ausbildung desselben haben nun eine Reihe von Bestimmungen hervorgerufen, welche zwar das Wesen des Lehns nicht ergreifen, wohl aber regelmäßig angewandt zu sein pflegen (communis feudi ratio, naturalia feudi [1])); dahin gehören z. B. die Ausschließung der Frauen, die Verpflichtung zu Kriegsdiensten [2]), der Lehns-

---

versteht sich jedoch nicht von selbst; denn die Auflösung des Reichs hatte eigentlich die Wirkung, daß die Lehnsherrlichkeit ganz hinwegfiel, und die Mediatisirung war nur die Unterwerfung unter eine neue Staatshoheit, nicht aber auch unter eine neue Lehnsherrlichkeit.

1) II feud. 2 §. 3: Praeterea si aliquis tenor praeter communem feudi rationem in investitura a domino dicatur intervenisse, vel si dicatur, feudum sub tali conditione dedisse, ut vasallus in festivis diebus vadat cum uxore sua ad ecclesiam, omni facultate probandi domino ademta, habeat vasallus potestatem defendendi se per sacramentum. Item si vasallus pactum speciale contra feudi consuetudinem allegat, veluti de filiarum successione, liceat ei, tenorem, si potest, sicut investituram probare; quodsi in probatione defecerit vel cessaverit, concedatur domino hoc denegare jurejurando praestito. II feud. 48 pr. I feud. §. 41. 2. Vgl. auch Weber Handb. II. §. 37. Die Beurtheilung der Frage, ob eine Bestimmung ein naturale negotii sei, ist eine quaestio facti, bei der namentlich auch die Besonderheiten der Particularrechte zu berücksichtigen sind, z. B. im Badischen Lehnsedict §. 2.

2) Daher sind keine regulären Lehen die s. g. Beutellehen, bei

eid, die Erblichkeit des Lehns. Diese Vorschriften sind subsidiärer Natur und können durch besondere Willensbestimmung der Parteien abgeändert werden [3]) (accidentalia feudi); es entsteht dann ein feudum improprium, irregulare, im Gegensatz des feudum proprium, regulare. Derjenige, welcher das Vorhandensein einer Impropriëtät behauptet, hat dieß zu beweisen [4]).

II. Gegenstand des Lehns.

1) Ueberhaupt.

§. 106.

Das lehnrechtliche Verhältniß ist kein vorübergehendes, sondern auf eine lange Dauer berechnet [1]). Daher kann Gegenstand des Lehns nur eine Sache sein, welche durch ihre Beständigkeit und Unverbrauchbarkeit jenen Charakter des Lehnsverhältnisses sichert [2]). Am meisten entsprechen dieser Rücksicht unbewegliche körperliche Sachen [3]), aber auch Rechte genügen jenem Anspruche, sofern sie, wie öffentliche Gerecht-

---

denen statt der Ritterdienste Geldleistungen versprochen werden. S. Mayr §. 44.

3) Eine Impropriëtät entsteht auch durch besondere vertragsmäßige Hinzufügung neuer und ungewöhnlicher Bestimmungen. Ein Beispiel giebt die in der Not. 1 abgedruckte Stelle.

4) S. die Stelle in der Not. 1. Es entscheiden hier die allgemeinen Grundsätze. Vgl. Puchta Pandekten §. 58.

1) S. Homeyer Lehnr. S. 282 flg. II. feud. 23 §. 2: „— — ut ad eum heredesque suos masculos — in perpetuum pertineat."

2) II feud. 1 §. 1: Sciendum est autem, feudum sive beneficium non nisi in rebus soli aut solo cohaerentibus aut in iis quae inter immobilia connumerantur (veluti cum de camera aut de cavena feudum datur) posse consistere. Bayrisches Edict §. 36. Badisches Edict §. 5.

3) Siehe Sachsensp. Landr. II, 21; Lehnr. Art. 11 §. 2, 65. §. 22, 72. §. 10; Auct. Vet. I, 113.

same[4]) oder Berechtigungen, welche am Grund und Boden haften[5]), eine ununterbrochene Dauer versprechen. Diese Gränze ist freilich nicht immer gewahrt worden[6]). — Außer der Entscheidung der Frage, was Gegenstand eines Lehens sein kann, enthalten die Quellen auch die Charakteristik einzelner Beispiele von Lehnsgegenständen, deren Erwähnung durch den Umstand erfordert wird, daß eine Summe bestimmter rechtlicher Folgen an das Vorkommen derselben durch Sitte und Rechtsvorschrift geknüpft wird. Eine allgemeine Vorschrift ist hierbei die, daß nur diejenigen Pertinenzen[7]) eines Lehnsgegenstandes als Lehnsobjecte gelten, welche zur Zeit der Verleihung vorhanden waren, wogegen die erst vom Vasallen später hinzuerworbenen Allodialgut des Letztern sind[8]).

---

4) Nach älterem deutschen Rechte besonders Grafschaftsrecht, Schuldheißenthum, Gerichtsbarkeit, Kirchenpatronat. Homeyer a. a. O. S. 283.

5) S. Lehnr. 11 §. 3: „In molne und in münte und in tolne und in wingarden und in tegeden oder in süsgedanen dingen of en man belent wert, deme lene volget die man unde erft it, al hebbe die herre des lenes stat in siner gewalt to bestadene.“ Vgl. Sachsensp. Landr. II, 58 §. 2. Schwäb. Lehnr. Art. 99 (Laßb.).

6) So hat man, obschon sehr selten, sogar Dienste zum Gegenstand der Verleihung gemacht. S. die von Homeyer a. a. O. S. 286 angef. Urkunden. Das Pr. Landr. Th. 1 Tit. 18 §. 26 läßt sogar bewegliche Sachen gelten, wenn deren Substanz oder Werth auf eine dauernde Art sicher gestellt werde. Eine Art solcher Lehen ist das Geldlehn, was aber, selbst wenn es in einer hypothekarischen Forderung besteht, gemeinrechtlich als ein feudum improprium zu erachten ist, wenn es kein s. g. Rentenlehen ist. A. M. Eichhorn §. 197. S. unten und Ortloff Grundzüge S. 329. Ebenso ist es gewiß eine Improprietät, wenn eine verbrauchbare Sache unter der Verpflichtung des Lehnmannes verliehen wird, die Substanz immer wieder zu ersetzen. A. M. Mayr §. 46, 5.

7) Es versteht sich von selbst, daß Accessionen eine andere Natur haben.

8) Eine andere Frage ist die, ob solche Pertinenzen auch wieder getrennt werden dürfen, oder ob sie beim Hauptgut verbleiben und bloß als Meliorationen zu betrachten sind, welche den Allodialerben ver-

2) Lehen an körperlichen Sachen.

§. 107.

Zu dieser Classe von Lehen gehören 1) die an Landgrundstücken, und zwar sowohl an einzelnen Ländereien (ein Complex mehrerer solcher ist ein s. g. Streulehen), z. B. Wälder [1]), Aecker, als an s. g. Landgütern; von diesen werden die Lehen an Rittergütern (feuda nobilia, adelige Lehen) denen an bloßen Bauerngütern (feuda ignobilia, nichtadelige Lehen) entgegengesetzt [2]). 2) Lehen an Gebäuden, und zwar entweder an gewöhnlichen Wohnhäusern (feudum aedificii [3])), oder an Scheuern (feudum horrei [4])), oder an befestigten, steinernen Häusern (feudum keminatae [5])), oder an einer Burg (feudum castri); das letztere wurde ein s. g. Oeffnungslehen, feudum aperturae, wenn der Vasall zugleich verpflichtet war, die Burg dem Lehnsherrn auf dessen Befehl zu räumen („ledig" zu machen [6])). Davon ist zu unterscheiden das

---

gütet werden müssen. Diese Frage, sowie die im Text entschiedene muß nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden, da es an einer entscheidenden Quellenstelle fehlt (denn die oft angeführte St. I feud. 4 §. 5 u. 6 gehört nicht hierher). Auch hier hat man wieder eine Präsumtion erfinden wollen, für welche kein Grund vorliegt, z. B. Lauhn bei Zepernick Miscell. Bd. 1 Nr. 7, welcher für die Lehnsqualität der Pertinenzen präsumiren will.

1) Zepernick Analecta jur. feud. II p. 65—69.

2) Hert opusc. Vol. I Tom. II Nr. 9. Zachariä sächs. Lehnr. §. 40—42.

3) Buder amoenit. jur. feud. p. 53 sq. Jenichen thesaur. I. p. 926.

4) Verschieden davon ist das Lehen an einem Gaden. Vgl. Bodmann in Siebenkees Beitr. z. teutsch. R. Bd. 5 S. 89 flg.

5) Brunquell opusc. p. 819 sq.

6) Buder l. c. p. 71 sq. Gerken verm. Abhandl. aus d. teutschen und Lehnr. II. S. 23—42. Dieses feudum aperibile oder aperturae, welches nach der Sprache der Urkunden das Verhältniß der „Ledigkeit" begründet, ist oft mit der Eigenschaft des Vasallen als eines homo ligius verbunden, wonach er gegen jeden Dritten ohne Ausnahme dem Lehnsherrn zu dienen verpflichtet ist (feudum ligium), s. Eichhorn Rechts-

Burghutlehen (feudum castrense, Burglehn), d. h. die Belehnung mit irgend einem lehnbaren Gegenstande, wobei der Vasall aber verpflichtet wird, auf einer bestimmten Burg zu wohnen („sitzen") und sie zu vertheidigen[7]); dieses Lehen wird wegen seiner rechtlichen Eigenthümlichkeiten[8]) von den Rechtsbüchern als anomales behandelt und dem rechten Lehen entgegengesetzt.

3) Lehen an unkörperlichen Sachen.

§. 108.

Auch Rechte können Gegenstand eines Lehens werden, sofern sie den oben (§. 106) genannten Voraussetzungen entsprechen. Es beschränkt sich jedoch außerdem die Lehnbarkeit

---

Gesch. §. 304. Walter deutsche Rechtsgeschichte §. 286. S. die Urkunden bei Guden Cod. dipl. I. p. 991 und p. 519 und bei Günther Cod. dipl Rheno-Mosell. I, 455. Vgl. Weber Handbuch Th. 4 S. 316 flg.

7) Sächs. Lehnr. Art. 71 §. 8—10, 12—19, Art. 72 §. 2—10. Im Art. 71 §. 18 heißt es: Von borchlen n'is di man nich plichtich sime herren to dienene ne weder hofvart noch herevart, mer uppe'r burch sal he wonen, un sal sie weren of sie's bedarf, un sal sime herren ordel vinden to borchrechte. Die Burg konnte auch selbst Gegenstand des Lehns sein, was jedoch selten der Fall war. S. die Urkunde v. 1308 bei Boehmer Elect. jur. feud. T. I p. 103: „Dominus noster, — dux Saxoniae, nobis contulit feudum castrense, quod vulgo dicitur Borchlehn, in castro suo Dutzow, ipso cum castro, sibi et suis usibus reservato; pro quo feudo castrensi — assignavit nobis villam Dutzow, molendinum cum nemore et omnibus adjacentibus et pertinentiis suis. — Quod etiam feudum nos et heredes nostri legitimi in perpetuum possidebimus titulo et justitia feudali etc." Urk. bei Schilter C. J. F. Alem. p. 311 b: „Ich — han zu Seßlehen von mine Herrn dem Bischove uffe der Burg zu G. VIII. Pfund Pfenning geltz uff der Hornung Bette zu M." S. Kraut Grundr. §. 235.

8) Diese Eigenthümlichkeiten beziehen sich hauptsächlich auf die besondern Verlustgründe des Lehns, dann die Art des Aufhörens der Burghutpflicht (s. Lehnr. Art. 71 §. 8) und die Befugniß auch Heerschildloser, solche Burglehen zu ertheilen. S. Homeyer Lehnrecht S. 552—562. Sächs. Lehnr. Art. 2 §. 7.

auf solche Rechte, welche nach der Ansicht des älteren deutschen Rechts eine den körperlichen Sachen analoge Behandlung zulassen, d. h. Gegenstand eines dinglichen Rechts (einer Gewere) sein können [1]). Dahin gehören diejenigen Rechte, welche entweder an einem einzelnen Grundstücke haften, oder in einem bestimmten Bezirke zur Wirksamkeit kommen. Es wird dann das Innehaben des Rechtes selbst von der Befugniß zu seiner Ausübung ebenso wie das Eigenthum von der Nutzungsberechtigung geschieden.

In diesem Sinne kommen vor 1) Lehen an Hoheitsrechten. Hierher gehört zunächst das feudum regale oder Fürstenlehn (Fahnlehn), welches den Inbegriff einer bald größeren bald geringeren Zahl von Hoheitsrechten über ein bestimmtes Territorium überträgt [2]); so wie ehemals die Reichsländer auf diese Weise verliehen wurden, so geschieht dieß noch heutzutage mit den nicht allodialen Standesherrschaften [3]). Als Lehen an einzelnen Hoheitsrechten werden namentlich angeführt a) das Amtslehen [4]) (Ambachtslehen, feudum officii), welches sich aber jetzt regelmäßig nur auf Erbhofämter bezieht [5]). Eine Art des letztern ist das Vogteilehen (feudum advocatiae),

---

1) S. Duncker in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 2 S. 50 flg.

2) S. über die Eigenthümlichkeiten dieses wichtigsten Lehns Homeyer Lehnrecht S. 547—552. Reinhard in Zepernick's Sammlung v. Abhandl. Bd. 3 S. 54—63.

3) Bayer. Lehnsedict §. 5: „die thronlehnbaren Güter bestehen in jenen größeren Herrschaften, mit deren Besitz die fürstliche oder gräfliche Würde verbunden ist." Bad. Edict §. 5.

4) Das feudum guastaldiae oder guardiae in I feud. 2 ist kein eigentliches Lehen, sondern nur ein in Lehnsform verliehenes, aber weder erbliches noch unwiderrufliches Verwaltungsamt. S. Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 363 N. 1.

5) Früher wurden namentlich die Erbreichsämter als Amtslehn gegeben. Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 344. Reyscher Würtemb. Pr.-R. §. 359. Mayr Lehnr. §. 54.

welches alle ehemals in dem weltlichen oder kirchlichen Vogteirecht über einen bestimmten Bezirk liegenden Rechte umfaßte, heutzutage aber entweder in ein feudum regale übergegangen ist, oder sich auf einzelne Reste der vogteilichen Rechte beschränkt[6]). Eine fernere Art des Amtslehens war das besonders in den Rechtsbüchern wegen seiner Eigenthümlichkeiten hervorgehobene Gerichtslehen[7]) (feudum jurisdictionis), welches jetzt bisweilen als Zubehör eines Ritterguts lehens vorkommt. b) Lehen an einzelnen Regalien[8]); denn auch die lehnrechtliche Verleihung ist eine der Formen für die Privilegien, welche regale Rechte auf Private übertragen. 2) Lehen an kirchlichen Rechten (s. §. 109), besonders dem kirchlichen Zehntrechte, dem Kirchenpatronat und den mit einem Altar durch Stiftungen verbundenen Einkünften (Altarlehen, feudum altaragii[9])). 3) Unter den Lehen an sonstigen Rechten sind namentlich zu erwähnen das feudum habitationis, d. h. die lehenrechtliche Verleihung der Servitut der habitatio, welche mit dem Tode des Belehnten aufhört[10]); ferner die Verleihungen bestimmter Leistungen (feuda annuae praestationis), welche entweder vorkommen als Rentenlehn (Zins- und Gültlehn, feudum censuum, unter Umständen Zehntlehn, und wenn der Zins nach Pfunden be-

---

6) S. Eichhorn a. a. O. §. 188, 324, 502. Reyscher a. a. O. §. 358. Regelmäßig besteht das Voigteirecht, wenn es nicht in Landeshoheit übergegangen ist, heutzutage in Gerichtsbarkeit und gutsherrlichen Einkünften.

7) S. Homeyer Lehnrecht S. 528—546.

8) z. B. das Postlehen, das Jagdlehen, das Novalzehntlehen u. s. w.

9) S. Chladenius in Jenichen thesaurus jur. feud. T. I p. 990 sq. Ueber d. s. g. Glockenlehen s. Boehmer obs. jur. feud. p. 190 sq.

10) II feud. 105 (cap. extraord.): „feuda habitationum, nisi aliud specialiter cautum sit, morte accipientium finiuntur." Anders ist es, wenn der Inhaber einer schon bestellten habitatio diese Verleihung vornimmt, in welchem Falle die Dauer des Lehns von dem Leben des Verleihenden abhängt. S. Ortloff Grundzüge S. 328.

stimmt war, Pfundlehn [11]), d. h. als Verleihung bestimmter von dem Besitzer eines Grundstücks als solchem jährlich zu zahlender Geldzinsen oder Früchte, oder als Kammer= oder Kellerlehen, d. h. die Verleihung gewisser Einkünfte aus der Verwaltung einer Kammer oder eines Kellers (feudum de camera et de cavena); nur wird das letztere wegen Mangels einer bestimmten Stätte, an welcher die Einkünfte haften, und der Möglichkeit einer Gewere daran theoretisch von den Rechtsbüchern verworfen [12]). Noch weniger kann ein s. g. Geldlehn, d. h. die Verleihung gewöhnlicher Zinsen eines beim Lehnsherrn oder Vasallen oder irgend einem Dritten befindlichen Geldcapitals als ein rechtes Lehen gelten [13]). Das s. g. Pfandlehen (feudum pignoratitium, welches dem longobardischen Lehnrechte fremd ist [14])), war nicht ein Lehen am Pfand=

---

11) S. Weber Handb. Th. 2 S. 465 flg. Homeyer Lehnr. S. 283 flg.

12) Schwabensp. Lehnr. 99: „Kamerlehen ist nicht recht lehn; daz hat ende, so der Herr und der Mann will. Kamerlehn ist daz, so ein Herre sprichet zu sime man: ich lihe dir us minr kamer eine marke oder mer; da hat der man dahein gewer an.“ Sächs. Lehnr. 11 §. 3. Vgl. die Reichsurtheile von 1222 und 1214 bei Pertz. Mon. Leg. II. S. 248 und 225, welche ein Lehen für unkräftig erklären, bei denen keine Bestimmung des Orts und der Gewißheit der Einkünfte vorhanden sei. Dagegen ist, wie aus vielen Beispielen hervorgeht, das Lehen dessen ungeachtet häufig genug vorgekommen. S. darüber Homeyer a. a. O. S. 284 und 285. S. auch II feud. 1 §. 1, II feud. 58 pr.

13) S. Ortloff a. a. O. S. 328. A. M. Eichhorn Einl. §. 197 und das Preuß. Landr. I, 18 §. 73: „das Geldlehn setzt ein Capital voraus, welches sicher gestellt und wovon dem Vasallen das Nutzungsrecht zu Lehen gegeben worden.“ S. oben §. 105 N. 6.

14) Denn die Stelle I feud. 4 §. 5 entscheidet nicht die Frage, ob ein Pfandlehn vorliege, sondern ob Pfandrecht oder Lehnrecht vorhanden sei. Ebenso I feud. 11 pr., wenn diese Stelle nicht vielleicht bloß von der Investitur einer früher einmal zum Pfand gegebenen Sache redet. Die Stelle I feud. 27 pr. handelt von der L. commissoria beim Pfandrechte und die Stelle I feud. 28 von der Frage, wie die

rechte[15]), sondern ein Lehen an einer zur Pfandsatzung mit Besitz und Genuß übergebenen Sache, welches mit Rückzahlung der Schuld erlosch[16]), übrigens sich von dem bloß wiederkäuflichen Lehen unterschied[17]); die Rechtsbücher[18]) halten das Pfandlehen für unzulässig, weil die gleichzeitige Entstehung der Satzung und des Lehns wegen der Verschiedenheit des Gerichts nie auf eine wirksame Weise stattfinden könne, aber die Praxis scheint auch diese Bedenken besonders später überwunden zu haben[19]), als die höheren Gerichte Lehens- und Allodialgerichte zugleich waren[20]).

Behauptung bewiesen werden müsse, daß ein früheres Pfandobject vom Eigenthümer dem Pfandgläubiger später zu Lehn gegeben sei.

15) Anders d. Pr. Landr. I, 18 §. 75. Pätz Lehnr. §. 32 u. A. m.

16) Dipl. a 1166 in Origg. Guelf. III. p. 495: („H. curtem — pro 70 marcis) Othelrico et uxori et proli utriusque sexus in pignore posuit et in beneficium contulit, ut eam jure beneficiali possideret.“ S. bes. Homeyer Lehnr. S. 347.

17) A. M. Eichhorn Einl. §. 196. Viele Urkunden haben freilich bloß wiederkäufliche Lehen, z. B. die bei Zepernick Abhandl. II S. 373.

18) Sächs. Lehnr. Art. 55 §. 6: „Gut mach die herre setten sunder manscap enen manne. Dat stat uppe des herren trüwe, dat he't dem manne stete late; wel he't ime breken mit siner unscult, dat mut he wol dun, die man ne moge in des vertügen, dat he't vor gerichte ime gesat hebbe.“ Ebendas. §. 8: „Svie segget gut to sattunge gelegen, die seget unrecht, wende sattunge ne nach nieman lien. Sal man gut setten als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die dingplichten to getüge hebbe; sal aver lenunge geschien als et helpende si, die sal geschien vor des herren mannen, an den man is getüch hebbe. Gelegen sattunge dat ni's weder len noch sattunge.“ Schwabensp. Lehnr. Art. 96.

19) Homeyer a. a. O. S. 350 flg.

20) Ueber eine Reihe anderer, oft sehr sonderbarer Rechte, welche bisweilen als Lehnsgegenstände oder als Pertinenzen eines geliehenen Grundstücks vorkamen (z. B. das Gewandschneiderlehn, das schöne Frauen-Lehn, das Galgen- und Henkerlehen) s. Mayr Lehnr. §. 51 und Weber Handb. II. S. 525 flg.

III. Subjective Lehensfähigkeit.

1) Die Person des Lehensherrn.

§. 109.

Die Fähigkeit zur lehnrechtlichen Verleihung besaßen im Mittelalter nur Diejenigen, welche den Heerschild [1]) hatten und sich Mannendienste versprechen lassen konnten, auf deren unterster Stufe die bloß Ritterbürtigen standen [2]). Auch Geistliche und Frauen als Vorstände reichsunmittelbarer Stifter [3]) genossen ausnahmsweise das Recht, nach Lehnrecht zu verleihen. Eine Verleihung durch eine Person, welche des Heerschilds darbte, hatte in der Regel [4]) nur ein persönliches Verhältniß zwischen den Betheiligten zur Folge [5]). Aber

---

1) Sächs. Lehnr. 2 §. 6: „Of en man vollkomen an'me herscilde von papen oder wive oder von eneme die des herscildes nicht ne hevet belent wert, deme lene mach he nicht volgen an enen andern herren, it ne si dat en pape oder en wif des rikes gut bi kore untva unde den herscild dar af hebbe; dat gut mogen sie lien, unde deme gute mach man volgen an enen andern herren. § 7: Burchlen aver und kerken (Kirchenpatronat), und alle len dar en man deme rike nen dienst plichtig ni's af to done, dat mach lien papen unde wif, al ne hebben sie des herscildes nicht, unde deme mach man volgen an enen andern herren." S. I feud. 1 pr. Das Wort Heerschild bezeichnet symbolisch das vollkommene Kriegerrecht, welches den Ritterbürtigen zukam. Nach Sachsensp. Landr. I, 3 wird nun in Verbindung mit einer Darstellung der sieben Weltperioden und Grade der Sippe eine siebenfache Abstufung des Heerschilds erwähnt. Daß diese keineswegs eine bloß principielle Gliederung der Lehnspersonen, sondern vielmehr eine (spielende) Abstufung der Freien überhaupt sein sollte (s. Eichhorn Rechtsgesch. §. 249), hat jetzt bewiesen Homeyer Lehnrecht S. 289—298. A. M. Weiske de clypeis militaribus. 1830. p. 18 und 92.

2) d. h. diejenigen, welche wenigstens vier freie Ahnen haben. S. Homeyer a. a. O. S. 293, 300 und 304. Sächs. Lehnr. 2 §. 1.

3) S. Note 1 und Sachsensp. Landrecht I, 26.

4) S. Note 1 (Lehnr. 2 §. 7), wo Burglehn und alle Lehen, von denen man dem Reiche keinen Dienst leistet, ausgenommen sind.

5) S. Sächs. Lehnr. 2 §. 2 und §. 6.

schon frühzeitig wurden auch Städte kraft besonderen Privilegiums zur Errichtung rechter Lehen bisweilen befähigt[6]). Sofern nicht heutzutage in Betreff der Lehnspflicht des Vasallen von der Leistung der Ritterdienste ganz abgesehen und statt deren eine allgemeine Verpflichtung zu einer gehaltlosen Hochachtung eingeführt ist[7]), würde man consequent nur dem Staatsoberhaupte die Befugniß zur Verleihung zuschreiben können[8]); ist Jenes aber der Fall, so läßt sich für die Lehensfähigkeit in den gegenwärtigen Standesverhältnissen keine dem mittelalterlichen Princip entsprechende Gränze finden, und nur Particularrechte[9]) haben eine solche mit äußerlichem Anschluß an die Geschichte durch eine Beschränkung der activen Lehensfähigkeit auf den Adel gezogen. Unregelmäßige Lehen, deren Abweichung darin besteht, daß sie gleich vom Anfange keine Ritterdienste erforderten (Zins-, Beutellehen), können von Jedem verliehen werden[10]).

Die Fähigkeit, eine bestimmte Sache zu Lehen zu geben, setzt aber ferner eine Verfügungsgewalt über dieselbe voraus[11]), in welcher Hinsicht die Grundsätze des gemeinen Rechts entscheiden. Sollen daher Sachen der Kirche gültig verliehen werden, so muß dieß unter Beobachtung derjenigen Bestimmungen geschehen, welche für die Veräußerung von Kir-

---

6) Schwarz Versuch einer Pommersch-Rügianischen Lehnshistorie 1740. 299, 312. 313. Senckenberg sel. jur. et histor. T. II p. 55. Die größte Ausdehnung hat das Institut in Frankreich erfahren.

7) Pr. Landr. I, 18 §. 144 flg.

8) So das Bayer. Lehnsedict §. 34. Bad. Lehnsed. §. 3. Reyscher Würtemb. Privatr. §. 362 N. 13.

9) Pr. Landr. I, 18 §. 66 und 67. Struben rechtl. Bed. II, 142. Senckenberg de feud. Brunsvicens. et Luneburg. 1738 §. 17 und 18.

10) Die Juden sind auch davon häufig ausgeschlossen. Weimar. Judenordn. v. 1823 §. 25. Bayer. Judenedict v. 1813 §. 16.

11) S. II feud. 3 pr. Sächs. Lehnr. Art. 35.

chensachen vorgeschrieben sind; ein hiernach wenigstens schon einmal rechtmäßig verliehener Gegenstand (res infeudari solita) kann aber ohne jene Solennitäten reinfeudirt werden, sofern er noch nicht wieder zum Kirchengute geschlagen ist[12]). Ebenso können Staatsgüter (Kammergüter) nur unter der Voraussetzung verliehen werden, daß weder die Fideicommißqualität noch die verfassungsmäßigen Veräußerungsbeschränkungen entgegenstehen; eine ausnahmsweise Berechtigung zur freien Reinfeudation heimgefallener Staatslehen[13]), welche jedoch nach manchen Particularrechten sogar gefordert werden kann[14]), läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen. Der Verleiher ist dem Beliehenen Eviction zu leisten schuldig[15]), welche

12) Cap. 2 X. de feudis (III, 20). II feud. 35. S. Weber Handb. des Lehnr. Bd. 2 S. 79—89, woselbst auch die früher öfter ausgesprochene Ansicht widerlegt ist, daß eine res infeudari solita eine solche wäre, welche schon von Alters her, also mehrmals, oder wenigstens eine Reihe von Jahren hindurch verliehen worden sei.

13) Es ist nicht zu billigen, wenn man die Principien des canonischen Rechts hier analog anwenden zu dürfen glaubt. So Eichhorn §. 199, und die Meisten. Richtig Pätz Lehnr. §. 58. Die Bayer. Verfassungsurkunde Tit. III §. 5 und die Würtemb. §. 107 reserviren dieß Recht ausdrücklich.

14) S. Weber Handb. Bd. 2 S. 92 flg. Dieß hatte regelmäßig in dem Umstande seinen Grund, daß es sich um aufgetragene Lehen handelte, deren Heimfall die Macht des Landesherrn bedenklich gesteigert haben würde. Sächs. Lehnr. 71 §. 3. (Neueste Wahlcapitulat. Art. 11 §. 10. 11.) Lünig. C. J. F. T. II p. 1453, 1476, 1579. S. Pr. Landr. I, 18 §. 40. Eine solche nothwendige Reinfeudation wird auch wohl Refirmation genannt.

15) II feud. 8 pr.: „Cum de re aliena vel alii obligata investitura fiat, illud distinguitur, utrum scienti an ignoranti facta sit. Qui enim alienae rei sciens investituram accepit — de evictione agere non poterit; ignorans vero recte aget, ut aliud ejusdem bonitatis seu quantitatis ei praestetur. Sed in eo nulla est differentia qui investituram fecit, utrum sciverit vel ignoraverit.“ S. II feud. 25. (Weber Bd. 4 S. 365 flg.)

zur Erwerbung eines andern Lehnsgegenstandes oder auch bloß zur Entschädigung dient[16]).

2) Die Person des Vasallen.

§. 110.

Unfähig zum Empfang eines Lehens sind abgesehen von denjenigen absolut lehensunfähigen Personen, welchen die Befugniß zum Erwerb von Grundstücken oder sonstigen Lehnsgegenständen und die Fähigkeit zur Eingehung von Verbindlichkeiten[1]) schon aus allgemeinen Gründen ganz oder theilweise abgeht, 1) Ehrlose und Anrüchtige[2]), 2) Frauenzimmer[3]),

---

16) Ueber die in II feud. 25 als Eviction erwähnten nummi in feudum dandi s. (Maur. Sarti) de claris Archigymnas. Bonon. professor. T. I. p. I. p. 444. (Ortloff Grundz. S. 337:) „— Erat autem late patens feudi appellatio iis temporibus; et quibus sive pecunia sive aliud quidpiam accepisset, ut obstringeretur ad praestandum alteri servitium aliquod sive in pace sive in bello, is feudum accipere dicebatur —".

1) Diese Personen sind absolut unfähig, weil das Lehnsverhältniß außer der Verpflichtung zur Lehnstreue, von welcher der Lehnsherr dispensiren kann, noch andere, allgemeine Verbindlichkeiten erzeugt.

2) Sächs. Lehnr. 2 §. 1: „Papen, wip, dorpere, koplüte und alle d i e r e c h t e s d a r v e t oder unecht geboren sin, und alle die nicht ne sin von ridders art von vader und von elder vader, die solen lenrechtes darven. §. 2: Swelk herre doch disser eneme gut liet, von deme hebbe sie lenrecht in deme gute, und ne ervent nicht an ire kindere, und darvet selve der volge an enen anderen herren. Von getüge mach man sie verlegen in lenrechte und ordel to vindene alle die des herscildes darve." Sachsensp. Landr. I, 38 §. 2. Friderici I. Const. a 1187 (Pertz. II, 184). Aurea bulla 14 §. 3 Reichs-Cammer-Gerichtsordn. Th. II Tit. 10 §. 2.

3) Sächs. Lehnr. 2 §. 1, §. 7. 56. §. 1. 75. §. 1. Sachsensp. Landr. III, 2. Schwäb. Lehnr. 4 und 100. Dipl. v. 1345 bei Guden Cod. dipl. V p. 619: „und sie (die frauw) von recht nicht lehnber ist oder kein lehen besitzen nit enmag, es ensie dann mit willen und von besundern gnaden des lehenherren." II feud. 36 in fin. Vet. Auct. de benef. I. 4. Daß der Ausdruck „Mannlehen" kein Gegensatz

3) juristische Personen[4]), 4) Geistliche[5]), 5) geistig oder körperlich Gebrechliche und deshalb zur Leistung der Lehndienste Unbrauchbare[6]), 6) Juden[7]), 7) bei den eigentlichen Lehen (mit Ritterdiensten) alle Nichtritterbürtigen[8]), wofür Particu-

---

gegen Weiberlehen sei, sondern eine Bezeichnung für rechtes Lehen überhaupt, zeigt u. A. Homeyer Lehnrecht S. 279.

4) S. Horn in Zepernick. Analect. I p. 98 sq. Weber Handb. III S. 33 flg.

5) No. 2 und Schwäb. Lehnr. 1 §. 4. S. auch Sachsensp. Landr. I, 52. II feud. 21. 26. §. 6. 36.

6) II feud. 36: Mutus et caecus, blandus vel aliter imperfectus, etiam si sic natus fuerit totum feudum p a t e r n u m r e t i n e b i t. Obertus et Gerardus et multi alii: Quidam tamen dicunt, eum, qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum servire non valet." Sachsensp. Landr. I, 4: „Uffe altvile unde uffe twerge erstirbit weder len noch erbe, noch uffe kropel kint. Swer denne die erben sint und ir nesten mage, die sullen sie halden in irre phlage. Wirt ouch ein kint geborn stum oder handelos oder vuzelos oder blint, daz ist wol erbe zu lantrechte und nicht zu len erbe. Hat her aber len empfangen, e her wurde alsus, daz verluset her nicht hie mete. Der miselsiche entphet weder len noch erbe. Hat erz aber entphangen e der suche, her behelt ez und erbet ez als ein ander man."

7) Sächs. Lehnr. 2 §. 1: „alle die rechtes darvet —". Gewiß muß man auch noch heutzutage diese Unfähigkeit der Juden behaupten, da die eigenthümliche ritterlich-religiöse Grundfärbung des Lehnrechts ohne gänzliche Abflachung des letztern nicht aufgegeben werden darf. Also es stützt sich diese Unfähigkeit auf einen andern Grund als das etwaige Verbot der Grundeigenthumserwerbung durch die Juden. S. Weber Handb. III S. 63 flg., welcher doch einige Beispiele von Judenlehen aufführt.

8) Sächs. Lehnr. 2 §. 1. Schwäb. Lehnr. 1: „Die kiunige hant also gesetzet, swer mit dem siebenden herschilte zetuonne habe, der sol lehenrechtes darben." S. aber Sachsensp. Landr. I, 3 §. 2 und Schwabensp. 8. Kl. Kaiserrecht 3, 5. S. aber schon I feud. 1 §. 4, und I feud. 16; II feud. 10, und Kl. Kaiserr. 4, 1. Der Uebergang des Ritterstands in einen geschlossenen Adelstand war an und für sich kein Grund, nunmehr den hierzu zwar nicht gehörenden aber von jeher lehnsfähigen übrigen Ständen den Zugang zum Lehen zu verschließen; und in

larrechte bisweilen Nichtadelige substituirt und dadurch die Veranlassung zur Bildung einer neuen Art von Lehen, der s. g. Ritterlehen (feuda nobilia, militaria) gegeben haben[9]); wo aber diese Deutung fehlt, ist es juristisch unmöglich, in den heutigen Standesverhältnissen eine ähnliche Beschränkung der Lehnsfähigkeit zu finden, als die mittelalterliche Beschränkung des Heerschildes auf Ritterbürtige. Schon nach dem Rechte des Mittelalters konnte der Lehnsherr diese Gründe der Unfähigkeit übersehen und auch den genannten Personen ein Lehen ertheilen, dagegen brauchte er dieß nicht und durfte einen solchen Lehnsunfähigen namentlich auch dann zurückweisen, wenn dieser aus anderen Ursachen ein Recht zur Beleihung erworben hatte[10]). Dieser Grundsatz besteht noch heutzutage; aber die Beschränkung des älteren Rechts, daß die einem Unfähigen verliehenen Lehen nur ein persönliches Recht zwischen den Constituenten erzeugten[11]), ist längst außer Uebung gekommen.

---

der That finden sich außerordentlich viele Beispiele von Lehen an Bürgerliche (s. Weber Handb. III S. 51).

9) Es war natürlich, daß die ehemals Ritterbürtigen und nunmehr Adeligen die größeren Lehngüter sich und ihren Standesgenossen erhielten, und dieser rein persönliche Umstand gab allmählig ein Herkommen, das oft durch besondere Privilegien geschützt wurde (z. B. Privil. für d. Pommersche Ritterschaft v. 1720, für die Oberlausitzer Ritterschaft v. 1666 bei Kraut Grundr. §. 240 Not. 11 und 12) und sich particularrechtlich erhielt. Oft wurde auch das adelige Lehen aus dem Gesichtspuncte eines adeligen Ritterguts behandelt. Pr. Landr. I, 18 §. 66 u. 67. S. aber Haubold Sächs. R. §. 393.

10) z. B. der Lehnsherr hatte ganz allgemein eine Veräußerung des Lehns durch den Vasallen erlaubt.

11) Schon das Schwäb. Lehnr. hatte dieß überwunden, Art. 1: „phaffen unde geburen, unde alle die nit semper sint, und nit von ritterlicher art geboren sint, die sullen alle lenrechtes darben. — lehent aber der herre dirre einem ein gut, der hat alse gut reht dar an, alse der den rehten herschilt furet, und erbent diu lehen

IV. Entstehung des Lehns.

A. Durch Investitur (Belehnung).

Einleitung.

§. 111.

Die Investitur (infeudatio, Lenung), welche die regelmäßige[1]) Form der Begründung des Lehnrechts ist, steht im engsten Zusammenhange mit der alten gerichtlichen Auflassung, von der sie nur eine Anwendung zur Uebertragung der lehnrechtlichen Befugnisse an einer Sache war. Der Umstand, daß damit zugleich eine persönliche Verbindlichkeit begründet werden mußte, gab diesem Acte einen besonderen Charakter, und dieser nebst der Abgeschlossenheit, in welcher sich das Lehnrecht gegenüber der allgemeinen Fortbildung des übrigen Privatrechts erhielt, sind die Ursachen gewesen, daß die Auflassung hier ihre alte Eigenthümlichkeit bewahrt hat.

2) Vorbereitende Geschäfte.

§. 112.

Der Act der Investitur setzt, wenn er zur Lehnserrichtung wirksam werden soll, den übereinstimmenden Willen der Parteien, zu leihen und das Geliehene mit dem Eid der Treue zu empfangen, voraus. Diese Uebereinstimmung, deren factischer Anlaß bald in der Absicht, zu gewinnen, bald in einer

---

an iru kint; umbe allez lehen reht mugen sie niht urteil vinden, die dez herschiltes darbent, wan vor ir herren, von dem sis hant.“

1) I feud. 25 pr. Sciendum est, feudum sine investitura nullo modo constitui posse, etiam si domino jubente quis alicujus rei nomine feudi possessionem nanciscatur et teneat; licet tamen possessionem taliter adeptam, dum vixerit, quasi feudi nomine retinere, herede ejus in hoc jure nullo modo ei succedente. II feud. 1 §. 1 fin. II feud. 33 pr. Sächs. Lehnr. 59 §. .3: „— Al len ane gewere darvet der volge und alle gewere ane lenunge is unrecht.“ S. aber

Verbindlichkeit [1]), bald in einer Liberalität liegen kann, erhält in einem der Investitur vorausgehenden und als justa causa derselben erscheinenden Rechtsgeschäfte eine bestimmte Form [2]); diese ist bald mehr, bald weniger complicirt, und am häufigsten die des letzten Willens, Kaufs [3]), Tausches oder Versprechens [4]). Sofern diese justa causa in einem wirklichen Vertrage hervortritt, begründet sie eine Klage auf Vornahme des Investituractes, dessen Wirksamkeit jedoch durch die übrigens nicht erzwingbare [5]) Annahme und Huldigung von Seiten des Vasallen bedingt ist (Lehnscontract, contractus feudalis); auch ist zur Gültigkeit solcher Verträge oft Schriftlichkeit oder gerichtliche Abfassung vorgeschrieben [6]). Indem

---

über die Bed. dieser Stelle Gerber Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. 11. Bd. S. 14 flg.

1) S. §. 109 Not. 14.

2) Die Frage, welche Natur diese causa praecedens habe, hat im vorigen Jahrhunderte leicht den hohlsten Streit veranlaßt, den die Literatur aufzuweisen hat. Es ist zu verwundern, daß selbst Eichhorn es noch der Mühe werth hält, ganz besonders darauf einzugehen, und zum Theil dadurch selbst noch befangen ist. — S. eine Uebersicht jener Streitigkeiten bei Schnaubert Commentar S. 81 flg. Für wichtiger hält die Sache, aber wohl ohne Grund, Roth mecklenb. Lehnr. S. 45 N. 1.

3) Man unterscheidet hier das feudum emtum, d. h. das Lehen, welches von einem Vasallen unter Consens des Lehnsherrn gekauft, und das feudum emtitium, welches neu durch den Lehnsherrn gegen Entrichtung eines Kaufpreises errichtet wird (im Gegensatz des feudum gratiae). Sachsens. Landr. I, 9 §. 3.

4) Ausgeschlossen ist die lex commissoria beim Pfandrecht. Vgl. I feud. 27 pr. II feud. 51 §. 6.

5) Denn trotz des Lehnsvertrags kann der Vasall sich weigern, den Eid der Treue zu schwören, und das Lehen refutiren, II feud. 24 §. 1, II feud. 3 §. 3; dagegen muß er das Interesse vergüten.

6) Bad. Lehnsedict §. 6. Pr. Landr. I, 40 §. 79—87. Das Bayer. Lehnsedict §. 11 spricht diesen vorausgehenden Rechtsgeschäften die Wirksamkeit ab.

der Lehnsvertrag zugleich die besonderen Bestimmungen über die Eigenschaften des zu errichtenden Lehns (z. B. Abänderung der Naturalien) ausspricht, nennt man ihn die lex investiturae.

Wenn das vorausgehende Rechtsgeschäft, sei es ein Vertrag oder ein letzter Wille, Jemandem die Investitur für den Fall zusichert, daß irgend ein, oder ein bestimmtes Lehen an den Herrn überhaupt oder aus einem bestimmten Grunde heimfallen werde, so ist eine Lehnsanwartschaft oder Lehnsexspectanz vorhanden[7]). Sie gewährt dem lehensfähigen Anwärter

---

7) Die Lehnsanwartschaft, exspectativa feudalis, ist ein bedingter Lehnsvertrag. Dieses Institut ist den Rechtsbüchern unbekannt. Diese kennen nur zwei Geschäfte, welche, obwohl in ihrer juristischen Natur von der Exspectanz verschieden, doch die Veranlassung zur Entstehung der letzteren gegeben haben. Dieß ist das Gedinge und die Warbunge (Anwardinge, Wart). Beide sind aber nicht Versprechen, beim Eintritt eines Aperturfalles belehnen zu wollen, sondern eventuelle Belehnungen; beide gehen (als leben ane gewere) weder auf die Erben des Anwärters (dessen ungeachtet ist die Bezeichnung von Phillips als Leibgeding falsch. Phillips deutsch. Pr.-R. II. S. 415), noch geht die entsprechende Verbindlichkeit auf die Erben des Lehnsherrn über („es ist keine Folge am Gedinge"). Das Geding unterscheidet sich von der Warbunge nur dadurch, daß das erstere auf ein bestimmtes Gut („an enes benümeden mannes gude"), die letztere auf ein unbestimmtes Gut („an enes unbenümeden mannes gude") gerichtet ist, weshalb der Inhaber des Gedinges beim Aperturfall ohne Weiteres sich des Gutes unterwindet, der Inhaber der Warbung aber das Gut erst dann erhält, wenn es zuvor wieder in die Hand des Lehnsherrn zurückgekehrt ist und dadurch seine Unbestimmtheit verloren hat. S. Sächs. Lehnr. Art. 5 §. 1, Art. 7, Art. 55 §. 9. 57, §. 3. Homeyer Lehnrecht S. 329—341. Im longobardischen Lehnr. (I feud. 3, I feud. 9, II feud. 3 pr. 22 §. 2, 35) wurde dagegen unter dem Einflusse des fremden Rechts die Erblichkeit solcher Geschäfte anerkannt, und mit der Aufnahme desselben ließ die Praxis auch die Erblichkeit bloß persönlicher Ansprüche auf die Belehnung zu, deren Theorie man in den obigen Geschäften (Geding und Warbung) zu erkennen glaubte und nach römischrechtlichen Begriffen feststellte. Albrecht Gewere S. 286 flg. — Es ist schwer, zu begreifen,

die Befugniß, für den Fall eines wirklich erfolgten Heimfalls[8]) sofort die Investitur zu fordern[9]), und es geht dieses Recht auf seine Erben[10]) ebenso wie die entsprechende Verbindlichkeit auf die Erben des Lehnsherrn nach dem Erbrechte des gemeinen Rechtes über. Unter mehreren Expectanzen hat stets die ältere den Vorzug[11]). Die Lehensan-

daß Manche, z. B. Pfeiffer Rechtslexicon 6. Bd. S. 433, ganz allgemein von der Nothwendigkeit einer Einwilligung der Agnaten des Lehnsherrn reden können, da ja das Lehen an und für sich in der Hand des Lehnsherrn keinen feudalen Charakter hat.

8) Der Lehnsherr ist jedoch durch die Exspectanz nicht verpflichtet, bei einer Felonie des Vasallen die Privation vorzunehmen. Anders ist es, wenn der Heimfall ipso jure geschieht, oder schon ein Privationserkenntniß vorliegt.

9) Von dem Augenblicke, in welchem der Exspectivirte die Belehnung mit Grund nachsucht, ist der Herr zur Investitur verbunden, und muß daher auch das volle Interesse (namentlich die Früchte des Lehens) vergüten, welche eine culpose Verzögerung erzeugt hat. Ueber die Frage, von welchem Zeitpuncte die Früchte zu erstatten sind, wenn ein Proceß über den Heimfall schwebt, siehe Böhmer Rechtsfälle I. Nr. 38. Pütter Beitr. z. deutsch. Staats- u. Fürstenr. III. S. 67 flg. Runde Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenst. I. S. 157 flg.

10) Diese Vererbung ist die gewöhnliche Vererbung persönlicher Ansprüche, also keine lehnrechtliche; daher auch Frauen den Anspruch übertragen, wenn nur der bestimmte, die Investitur nachsuchende Anwärter lehensfähig ist. A. M. Weber Hand. IV. S. 161.

11) Die auf cap. 38 de praeb. in VI. (3, 4) gegründete Ansicht (s. z. B. Eichhorn §. 220), daß die jüngere specielle Anwartschaft der früheren generellen vorgehe, wird durch jene Stelle nicht unterstützt; denn sie redet nicht von der Ertheilung einer Exspectanz an einem bestimmten Lehen im Gegensatz einer generellen Anwartschaft, sondern von der Ertheilung eines generellen Auftrags, gewisse Lehen an passende Personen zu conferiren, welcher später durch einen speciellen Auftrag modificirt wird. Gewiß entscheidet hier die Analogie des Gedings an der Wardunge. Richst. Lehnr. 30 §. 7. Sächs. Lehnr. 49 §. 2. Auch Schwäb. Lehnr. 12 kann nicht hierher gezogen werden, da in dieser Stelle nicht die Rede ist von einem generellen und speciellen Gedinge, sondern von zwei generellen, von denen eins durch frühere Beweisung des Besitzes realisirt wurde.

wartschaft geht aber in eine Eventualbelehnung über, sobald eine Investitur dazu kommt.

Ein im Mittelalter sehr häufiges die Belehnung vorbereitendes Geschäft war die Lehensauftragung (oblatio feudi, im Gegensatz der datio). Der Eigenthümer eines lehensfähigen Gegenstandes überträgt hiernach das Eigenthum an letzterem auf einen Dritten, um es von ihm für sich[12]), oder einen Andern[13]) als Lehen zurückzuerhalten. Nach dem mittelalterlichen Rechte war ein solches Geschäft nur dann gesichert, wenn der künftige Lehnsherr durch Erwerb einer rechten Gewere die Ansprüche der Erben an dem aufgetragenen Grundstücke hatte erlöschen lassen[14]), eine Vorsichtsmaßregel, die mit dem Verschwinden des Erbgutrechts ihren Werth verloren hat. Ein aufgetragenes Lehen ist übrigens ein reguläres[15]).

2) Act der Investitur.

§. 113.

In der Investitur sind zwei wesentliche Handlungen begriffen, die Belehnung und die Huldigung. Die erstere geschieht durch die Erklärung des Lehnsherrn, daß er den Lehnsgegenstand dem Vasallen übertrage[1]), welche namentlich

---

12) Sächs. Lehnr. 16, 38 §. 1. Sachsensp. Landr. I, 34 §. 2.

13) Sächs. Lehnr. 26 §. 10 und 36.

14) Sachsensp. I, 34 §. 2: „Swelk man sin gut gift und dat weder to lene unveit, dem herren hilpt de gave nicht, he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar und dach.“ Daß diese Vorsichtsmaßregel schon sehr früh vernachlässigt wurde, beweisen die Urkunden bei Homeyer S. 316 und 317.

15) Das Gegentheil behauptet z. B. Pätz §. 53 wegen der natürlich sich verändernden Evictionspflicht. Allein die Verpflichtung zur Leistung der Eviction berührt den eigentlichen juristischen Inhalt des Lehnsverhältnisses gar nicht.

1) II feud. 33, welche Stelle die nichtsymbolische Investitur als Ausnahme behandelt.

in früherer Zeit mit symbolischem und ceremoniellem Schmucke versinnlicht wurde[2]). Die letztere dagegen erfolgt durch die eidliche Angelobung des Vasallen, dem Herrn treu und hold zu sein[3]) welcher sich eine entsprechende Zusage der Treue durch den Herrn anschließt; auch der Huldigung fehlte nicht der symbolische Ausdruck. Zwar verlangt das ältere deutsche Lehnrecht zur Vornahme der Investitur durchaus persönliche Anwesenheit der Lehenspersonen[4]), aber nur particularrechtlich hat sich dieß Erforderniß erhalten[5]); das gemeine Recht

---

2) Das wichtigste ältere Symbol war die Fahne bei der Verleihung weltlicher Territorien (Fahnlehen) und das Scepter bei der Verleihung geistlicher Lande. Sachsensp. Landr. III, 60 §. 1. Ueber die sonstigen Symbole, z. B. Baumzweige, Aehren, Schwert, Handschuh, Hut, Ring und Stab, Lanze (II feud. 2 pr.) s. Weber Handbuch 3. Th. S. 104 flg. Auch heutzutage sind bei den feierlichen Lehensvertheilungen besondere Ceremonien gebräuchlich, besonders bei den s. g. Thronlehen (wobei das übrigens als Symbol der Huldigung geltende Thronberennen, cursus equestris, zu bemerken, s. Buder obs. jur. publ. feud. p. 65 sq.). S. Zachariä Handb. d. Sächs. Lehnr. §. 73. Bad. Lehnsordn. §. 7. Bayr. Lehnsedict §. 12. Die Bestimmung des Ceremoniels wird durch die Observanzen der einzelnen Lehnscurien gegeben.

3) Diese Handlung (Hulde) bestand wohl im älteren Rechte aus zwei Theilen, einer entsprechenden symbolischen Huldigungshandlung (z. B. das Knieen und Einfügen der gefalteten Hände in die Hände des sitzenden Lehnsherrn, Schwäb. Lehnr. 42, der Kuß, Richtsteig Lehnr. 22 §. 5), welche technisch manscap hieß, und dem Schwur der Treue (homagium, fidelitas, hulde); diese Theile der Inauguration sind später verwischt worden. S. Homeyer Lehnr. S. 320 flg. Ueber den Lehnseid selbst s. II feud. 5 und Sächs. Lehnr. 3. — Lehen, bei denen die Huldigung nicht eidlich, sondern durch bloßen Handschlag geschieht (Handlehen), sind irregulär. S. Hagemann de feudo injurato vulgo Handlehen. 1787. Vgl. Ortloff Grundzüge S. 346 flg.

4) Auctor vetus de benef. III, 12.

5) Zachariä a. a. O. §. 65. 66. Gothaisches Lehnsmand. §. 21. Altenburg. Lehensmand. I, 21. Bayr. Lehnsed. §. 44. G. L. Boehmer observ. jur. feud. p. 236 sq.

läßt auch eine Belehnung durch Vertreter gelten[6]). Der Ort der Investitur war der mit Lehnsmannen besetzte Lehnhof[7]), dessen Stelle heutzutage durch landesherrliche Lehnsbehörden ersetzt wird. Die Bestimmung der Zeit des Actes hängt regelmäßig vom Willen des Lehnsherrn ab; eine dreimalige Nichtberücksichtigung der deshalb vorgenommenen Ladung entzieht dem Vasallen seine Ansprüche auf die Belehnung[8]).

Nach geschehener Investitur wird von dem Lehengerichte auf Antrag der Lehenspersonen eine öffentliche Urkunde ausgestellt[9]), welche die Form einer Erklärung des Lehnsherrn über die Art der Belehnung, die Person des Vasallen und den Lehnsgegenstand hat, und den Namen Lehenbrief

---

6) II feud. 3 §. 1: „— sed utrum ipse an alius pro te investituram faciat vel suscipiat, nihil interesse putamus; potest enim hoc negotium et per procuratorem ab utraque parte expediri."

7) II feud. 2 pr.: „— quae (investitura) si quidem ab illo fiat, qui alios habet vasallos, saltem coram duobus ex illis solenniter fieri debet, alioqui, licet alii intersint testes, investitura minime valet." II feud. 32, 33. Schwäb. Lehnr. 95: „So der herre sin manlehen lihet und sint sine man da nit zegagen, daz mac dem man geschaden ob der herre lougen wil." Dagegen sollen nach dieser Stelle im Nothfalle auch andere Zeugen zugezogen werden können, was auch der Sinn ist von I feud. 26.

8) S. II feud. 24 §. 1.

9) Die älteste Spur eines solchen Lehnsbriefs ist wohl die bei Jenichen thesaurus Tom. II p. 863 sq. erwähnte Urkunde v. J. 1169. Im longobardischen Lehnrecht kommt für ein ähnliches Instrument die Bezeichnung breve testatum vor; s. I feud. 3 pr. 4 pr. — Statt des Lehnbriefs kommt auch eine vorläufige Bescheinigung der Belehnung unter dem Namen Lehens- oder Recognitionsschein vor. — Vgl. Pr. Landr. I, 18 §. 95—101. Gothaisches Lehnsmand. §. 41—47. Zachariä a. a. O. §. 74. 75. Bayr. Lehnseb. §. 47, Bad. Lehnseb. §. 6, welches die Urkunde des Lehnsvertrags, den Lehnbrief und Revers in einer Urkunde vereinigt. — S. überhaupt Hagemann Einleit. in das Lehnrecht §. 31—34 u. 47.

führt. Er beweist auch gegen den Erwerber, wenn dieser ihn stillschweigend oder ausdrücklich anerkannt hat[10]). Bei einem nicht durch einen bloßen Irrthum veranlaßten Widerspruche mehrerer Lehnbriefe hat der jüngere den Vorzug[11]). Eine weitere Lehnsurkunde ist der Lehnsrevers oder Gegenbrief, durch welchen der Vasall den Lehensempfang und die Verpflichtung zur Lehnspflicht bescheinigt[12]), ferner das Lehensprotocoll und die Lehensdinumeramente (Lehensinventarium[13])). Diese Instrumente haben sowohl für die Lehnspersonen, als für die Allodialinteressenten (bei der Abscheidung des Lehens vom Allod) den Charakter gemeinschaftlicher Urkunden.

---

10) Für Dritte beweist der Lehnbrief als eine öffentliche Urkunde (anders ist es, wenn der Lehnbrief eine Privaturkunde ist, was nur selten vorkommt) die Handlung und die Bedingungen der Beleihung, mithin die Rechte, welche für ihn daraus hervorgehen.

11) A. M. Eichhorn Einl. §. 216 III u. A. Die Ansicht Eichhorn's, daß die ältere Urkunde der jüngeren vorgehe, sofern nicht die Verschiedenheit der letztern auf einer Willensänderung beruhe, scheint mir gerade umgekehrt werden zu müssen, indem es doch das Natürlichste ist, bei einer Verschiedenheit des jüngeren Lehnbriefs eher eine Absichtlichkeit als einen Irrthum als Regel anzunehmen. Eine wirkliche Einrede ist freilich die Behauptung, daß die Abänderung ohne Zustimmung des Vasallen oder der sonstigen Interessenten geschehen sei. Pr. Landr. a. a. O. §. 141. 142. Goth. Lehnsmand. §. 44. 46. Bad. Edict §. 46. S. aber Bayr. Edict §. 76, welches einen Verstoß vermuthen läßt. — Wenn Reyscher Würtemb. Pr.-Recht §. 366 Note 6 die Regel aufstellt, daß ein Widerstreit zwischen der Urkunde des Lehenscontracts und dem Lehnbriefe zu Gunsten des erstern entschieden werden müsse, weil der Lehnbrief eine einseitige Urkunde sei, so kann dieß wohl nur für den Fall zugestanden werden, daß der letztere nicht vom Vasallen anerkannt worden ist. Eine positive Bestimmung darüber enthält Pr. Landr. a. a. O. §. 99.

12) Bayrisches Lehnsed. §. 47. S. aber Pr. Landr. I, 18 §. 90. 91.

13) Bayr. Ed. §. 68.

3) Wirkung der Investitur.

§. 114.

Durch die Belehnung erhält der Vasall das dingliche Recht an der Sache[1]), welches ihn berechtigt, sich nun in den Besitz derselben zu setzen (sich der Sache zu unterwinden), wenn dieser nicht schon durch den Herrn übertragen ist. Dieser hat die Verpflichtung, den Vasallen in den Besitz entweder selbst oder durch Bevollmächtigte einzuweisen[2]), und kann

1) Die Investitur hat auch hier die allgemeine Wirkung der gerichtlichen Auflassung überhaupt, d. h. der Uebertragung des dinglichen Rechts. Eine Tradition ist zur Erlangung des Rechts überall nicht erforderlich, sie ist vielmehr die Folge des schon erlangten Rechts. So auch das longob. Lehnr. II. feud. 33: „Sciendum est feudum acquiri investitura." — Früher nahm man häufig an, daß der Besitz gleich bei der Investitur übertragen werde, und nannte den Fall, in welchem die Tradition erst später erfolgte, eine investitura abusiva im Gegensatze der propria. S. z. B. Ortloff Grundz. S. 339. Man stützte sich dabei auf II feud. 2 pr.: „investitura quidem proprie dicitur possessio; abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta vel aliud corporeum quilibet porrigitur a domino feudi se investituram facere dicente." Allein schon Eichhorn Einl. §. 205 N. e hat richtig bemerkt, daß hier nur eine formelle Erklärung des Wortes Investitur erwähnt wird, dessen Gebrauch für den Belehnungsact abusiv sei, da es eigentlich die possessio, d. h. die Gewere am Lehn bedeute.

2) I feud. 4 §. 1: „Si investitura facta fuerit coram paribus curtis aut in breve testato, recte eum qui investitus est cogitur dominus mittere in possessionem." II feud. 7 §. 1: „Investitura vero facta et fidelitate subsecuta, omni modo cogatur dominus investitum in vacuam possessionem mittere; quod si differat, omnem utilitatem praestabit." II feud. 26 §. 14: „Si facta de feudo investitura poeniteat dominum antequam possessionem transferat, an praestando interesse vasallo liberetur quaesitum fuit. Responsum est, praetermissa illa condemnatione dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum." Die Rechtsbücher, welche damit übereinstimmen, nennen diesen Act die Weisung, oder Beweisung, s. Lehnr. 10 §. 4. Schw. Lehnr. 158 Richtst. L. 29 §. 4. Verweigert der Herr diese Tradition, so kann sich der Vasall der Sache unterwin-

durch eine Klage aus der Investitur dazu und zur Erstattung des durch seine Verzögerung entstandenen Interesses gezwungen werden. Die Vindication des Vasallen gegen den dritten Inhaber der Sache ist unwirksam, wenn dieser die Sache vom Lehnsherrn früher geliehen erhielt, oder wenn der Vindicant die Dispositionsbefugniß des Lehnsherrn dem gutgläubigen Besitzer gegenüber nicht zu erweisen vermag[3]).

Mit der Investitur treten auch die lehnsherrlichen Rechte in Wirksamkeit[4]).

4) Investituren mit besonderen Bedingungen.

a. Eventualbelehnung.

§. 115.

Das Lehnrecht[1]) kennt eine Form, der bloßen Anwartschaft auf den Erwerb eines Lehens einen substantiellen Cha=

---

den. Vgl. Schw. Lehnr. 20. Sächs. Lehnr. 10 §. 4. S. überhaupt Homeyer Lehnr. 395 flg.

3) Dieß ist der Fall von Landr. I, 42 §. 1. In jedem Falle mußte der Herr den Mann vertreten, oder „Erstattung" leisten. Homeyer a. a. O. S. 398 flg.

4) Reyscher Würtemb. Pr.=R. §. 367 Note 5.

1) Schon das ältere deutsche Lehnrecht kennt in dem geliehenen Gedinge und der Anwarbung ein ähnliches Geschäft, nur daß die daraus hervorgehenden Rechte nicht auf die Nachkommen des Beliehenen übergingen und auch keine Folge an den neuen Herren hatten (vgl. §. 112 Note 6). Auch das longobardische Lehnrecht scheint (nach I feud. 9: „— licet alii dicant, si moriatur investitus ante, quam tenens feudum, vel ante conditionem existentem, vel ante tempus, quod heredes ejus non debeant investiri; nam si quis fuerit pure investitus de alieno feudo, non valet habita investitura") diese Beschränkung früher gekannt zu haben, aber offenbar hat der Einfluß des römischen Grundsatzes, daß der Nachfolger die Handlungen seines Erblassers anerkennen müsse, die Fortbildung dieses Instituts hervorgerufen. Gewiß ist aber das Geding kein von der heutigen Eventualbelehnung verschiedenes Geschäft, wie Eichhorn §. 210 N. d. annimmt, sondern die Wurzel der letztern. — S. darüber d. Pr. Landr. I, 18 §. 444 flg. Bad. Lehnsed.

rakter zu verleihen, indem es eine Investitur an einem gegenwärtig in der Hand eines Vasallen befindlichen Lehen zuläßt, welche für den Fall der Apertur des letztern wirksam werden soll, die s. g. Eventualbelehnung. Obschon hierdurch keineswegs ein schon jetzt bestehendes dingliches Recht hervorgerufen wird [2]), so wird doch der Act zur Begründung eines solchen mit der Bedeutung vorgenommen, daß er beim Eintritt jener Bedingung diese Wirksamkeit erhalte. Da diese Investitur den Belehnten mit der Sache selbst noch in keine Verbindung setzt, so kann die Anerkennung des daraus hervorgehenden Rechts nur von denjenigen gefordert werden, welche die Verbindlichkeiten des Beleihenden übernehmen müssen [3]), also den Erben im Gegensatz der Singularsuccessoren;

---

§. 22. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 111—144. Das Bayr. Lehnsedict §. 41 hat die Eventualbelehnung abgeschafft.

2) Dieß ist ein häufiger Irrthum der Neuern (z. B. Mayr Lehnr. §. 72, Ortloff Grundz. S. 343, Pr. Landr. I, 18 §. 445), offenbar hervorgerufen durch den Gegensatz der Lehnsexspectanz. Es ist aber nicht wohl denkbar, daß ein dingliches Recht an einer Sache bestellt werden könne, welche sich in der Gewalt eines andern befindet. Es ist die Eventualbelehnung die bedingte Uebertragung eines dinglichen Rechts ohne Rückwirkung beim Eintritt der Bedingung (darin der Unterschied von der bedingten Allodialtradition). So wird allerdings schon jetzt ein wirkliches Recht begründet, das sich von dem in der Lehnsexspectanz liegenden wesentlich unterscheidet. A. A. ist jetzt wieder Beseler System §. 106 Note b, aber ohne neue entscheidende Gründe anzuführen.

3) I feud. 3: „Si vero archiepiscopus, episcopus, vel abbas, vel abbatissa investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post decessum ejus, qui possidet, habeat, et ante decesserit, quam ille, qui feudum possidet, successores eorum non coguntur eam investituram facere vel confirmare, etiamsi pares ejus curtis adsint testes, — — *nisi ille, qui investituram acceperit, nomine ejus feudi in possessionem missus sit eo consentiente qui detinet.* Sed si ille, qui feudum possidet, prius decesserit, quam ille, qui investituram fecit, jure cogitur eam ratam habere. §. 1: Laici

das bedingte Recht dagegen kann nur auf die lehnsfähige Descendenz des Beliehenen nach den Grundsätzen der Lehnsfolge übergehen[4]), weil es vermöge seines Ursprungs keine civilrechtliche, sondern eine wirklich lehnrechtliche Berechtigung ist. Der Lehnsherr und diejenigen, welche dessen Handlungen anerkennen müssen, übernehmen aus der Investitur die Verpflichtung, den Eintritt der Wirkungen derselben durch keine entgegenstehenden Verfügungen zu schmälern oder unmöglich zu machen; eine solche Verfügung würde zwar (wenn sie darauf gerichtet ist) ein wirkliches dingliches Recht am Lehnsgegenstande auf Dritte übertragen[5]) und dadurch die Rechte des Eventualbelehnten zerstören, aber zugleich auch den Lehnsherrn zur Leistung des Interesses verpflichten. Zustimmung des

vero iisdem modis omnibus, quibus supra dicimus, si aliis investituram dederint, heredes eorum —, omni modo eam adimplere coguntur." Offenbar ist dieser Gegensatz zwischen Geistlichen und Laien mit der Bedeutung gemacht worden, daß hier Singular= und Universalsuccessoren einander gegenüber treten. Ebenso spricht sich aus I feud. 9 (s. auch I feud. 25), und auch II feud. 26 §. 3: „Moribus receptum est, dominum de feudo militis sui, quod post mortem ipsius ad dominum reverti sperabatur, in alium militem investituram facere posse, quae investitura tunc demum capiet effectum, quum feudum domino aut heredi fuerit apertum. Secus est in ecclesiasticis personis; nam si eccles. persona talem faciat investituram, non aliter valebit, nisi sibi, non etiam successori suo, feudum aperiatur, et in tali investitura consensus ejus, de cujus feudo sit, exquiri non oportet." — Die Verbindlichkeit des Regierungsnachfolgers, eine Eventualbelehnung seines Vorgängers anzuerkennen, muß nach staatsrechtlichen Principien beurtheilt werden. S. Struben rechtl. Bed. I. Nr. 115.

4) I feud. 9.

5) z. B. die Einwilligung in die Veräußerung des Lehens durch den Vasallen, die Allodification des Lehens, die Veräußerung der lehensherrlichen Rechte. Denn zu solchen Dispositionen ist der Lehnsherr befugt, da ein dingliches Recht des Eventualbelehnten noch nicht entstanden ist.

Vasallen ist zur Gültigkeit der Eventualbelehnung nicht erforderlich[6]), sie hat aber, wenn sie erlangt wird, die Wirkung, daß auch der Vasall verpflichtet ist, jede das Recht des bedingt Belehnten beeinträchtigende Handlung zu unterlassen. Mit dem Eintritt der Bedingung tritt die Investitur mit ihren gewöhnlichen Wirkungen in Kraft, und es bedarf nun keiner nochmaligen Belehnung, sondern einer bloßen Erneuerung der Investitur.

Verschieden von der Eventualbelehnung ist die s. g. Provisionalbelehnung[7]), d. h. eine unter der Bedingung ertheilte Investitur, daß der Belehnte seine bestrittene Behauptung, vasallitische Rechte am Lehnsgegenstande zu haben, auf dem Wege des Processes darzuthun vermöge.

b. Gesammtbelehnung.

§. 116.

Das longobardische Lehnrecht kennt eine gleichzeitige Belehnung Mehrerer an einer Sache (Mitbelehnung) in der

6) Dieß wird bezweifelt von Eichhorn §. 220 N. c. und Struben recht. Bedenken Bd. 1 Nr. 86, indem diese Schriftsteller dafür I feud. 27 §. 1 anführen: „— Si quis investierit aliquem de feudo suo militis, viri Placentini prorsus asserunt, hanc investituram non aliter valere, nisi eo consentiente cujus erat feudum. Mediolanenses — nihil distare asseverant, utrum eo sciente an ignorante, ***dummodo eo vivente nullum detrimentum de feudo suo sibi contingat.*** Hoc autem dicendum est de eo milite, qui feudi successores non habet." Die ausgezeichneten Worte sollen den Sinn haben, daß der Lehnsherr sich zu gar keiner Handlung verpflichten könne, welche dem Vasallen Schaden bringe, diese sei vielmehr ungültig. Zu solchen Handlungen gehöre aber auch die Verpflichtung des Lehnsherrn, zu einer etwaigen Veräußerung des Lehens seinen Consens nicht zu geben. Augenscheinlich wollen die Worte nur sagen, daß eine Eventualbelehnung nicht in einer den besitzenden Vasallen im Besitz und Genuß störenden Weise ohne seine Zustimmung errichtet werden könne.

7) Püttmann observ. jur. feud. no. 15.

Art, daß jedem Einzelnen ein intellectueller Theil der vasallitischen Berechtigung zusteht, ohne daß diese Antheile in einer anderen juristischen Verbindung ständen, als in der durch eine besondere Bestimmung der Parteien hervorgebrachten [1]). Das deutsche Recht kennt eine andere, durch die ihm eigene Beschränkung der Lehnsfolge veranlaßte Gesammtbelehnung [2]). Die mehreren zugleich Belehnten empfangen hiernach das gesammte vasallitische Recht ungetheilt [3]), so daß die Berechtigung eines Jeden am Ganzen gleichmäßig wirksam erscheint, und der wegfallende Theil eines Gemeiners den Uebrigen anwächst [4]); obschon sich ein solches Verhältniß mit innerer Nothwendigkeit als eine Berechtigung an Nutzungsquoten (also ideellen Theilen) herausstellt [5]), so wurde doch diese Auffassungsweise

---

1) I feud. 8 §. 3: „In feudo, quod habuit initium tantum a fratribus, non succedit unus alteri, sive una investitura sive duabus: nisi hoc fuerit dictum expressim, ut alteri succedat.“ I feud. 14 §. 2: „Si duo fratres simul investiti de beneficio novo non de paterno, si unus eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit, dominus succedit, non frater, nisi pactum fuerit in investitura quod frater fratri succedat.“ II feud. 12 pr. II feud. 18. Einem solchen Pactum wird auch mit derselben Wirkung der gegenseitigen Erbfolge an die Seite gestellt der Fall, wenn beide Brüder das Lehn mit gemeinschaftlichen Mitteln angeschafft, oder durch gemeinschaftlichen Kriegsdienst erworben haben. I feud. 20. II feud. 12 §. 1.

2) S. Duncker das Gesammteigenthum (1843) S. 80—115, Homeyer Lehnr. S. 457—467. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 82 flg. Das ganze Institut erhält seine wahre Bedeutung im Lehenserbrechte. Stölzel im Archiv für pract. Rechtsw. 10 S. 184 ff. (1862).

3) Sächs. Lehnr. 32 §. 1: „Man mach vele brüderen en gut lien, of sie't mit s a m e n d e r h a n t untvat und g e l i k e w e r e d a r a n h e b b e t.“

4) Nach Analogie von Sächs. Lehnr. 35 §. 2. Ueber den Fall, wenn ein Mitbelehnter mit Hinterlassung von Kindern stirbt, s. das. 32 §. 2: „Die wiel ok sie't gut to samene hebbet, stirft ir en, sin kint trit in des vader stat, und behalt sin gut gemene mit den vedderen als it sin vader hadde.“

5) Dieß ist die Ansicht von Duncker a. a. O. Wenn Homeyer a.

durch die Bestimmungen der Rechtsbücher zurückgedrängt, daß eine wirklich vorgenommene Theilung den Erbverband zwischen den Belehnten auflöst[6]), und kein Mitbelehnter, so lange die Gemeinschaft dauert, seinen Antheil veräußern kann[7]), auch verdeckte jenen Gesichtspunct das innige, durch Sitte und Gewohnheit geregelte und keine rechtliche Scheidung fordernde Zusammenleben der durch die Mitbelehnung Verbundenen[8]).

---

a. O. S. 461 gegen die Annahme Dunckers, im Sächs. Lehnr. 32 §. 3 („wande des die man nenen deil untvangen ne hevet et.") seien reelle Theile bezeichnet, bemerkt, daß dieser Satz ja eine Begründung des auch ideelle Theile betreffenden Veräußerungsverbots sein solle, so ist diese Widerlegung zwar schlagend unter der Voraussetzung, daß die schon sehr künstliche Annahme ideeller Theile von dem Verfasser des Rechtsbuchs mit klarem Bewußtsein erfaßt worden sei, was ich bezweifle; aber dessen ungeachtet kann die Stelle schwerlich für die Unterstützung eines Gesammteigenthums benutzt werden, indem sie nur darauf ausgeht, die Erscheinung der Mitbelehnten nach außen als eine ungetrennte Genossenschaft darzustellen, bei welcher Niemand willkürlich einen neuen Gemeiner eindrängen könne; dagegen scheint sie mir das innere Verhältniß gar nicht zu berühren.— Gegen die Ansicht Albrechts Gewere S. 243, daß die Gesammtbelehnten eine juristische Person bildeten, s. Homeyer a. a. O.

6) Sächs. Lehnr. 32 §. 1: „— Willet aver sie sik sceiden mit dem gute, sie delet it under sik ane des herren orlof, svo sie willet. Sven aver sie sik delet, ir nen hevet recht an des anderen gute of die andere stirft, ime ne si anderwerve dat gedinge daran gelegen."

7) Sächs. Lehnr. 32 §. 3: „Die wile sie en gut to samene hebbet, die to samene belent sin, ir nen ne mach ane den andern nenen deil dar af lien noch laten, dat he't den andern mede verne; wende des die man nenen deil untvangen ne hevet, des ne mach he nenen deil lien noch laten." S. Schwäb. Lehnr. 16—61.

8) S. Homeyer S. 458. Es erklärt am besten sich aus diesem innigen familienartigen Zusammenleben, warum man die Idee der Mitberechtigung zu ideellen Theilen, welche factisch in dem Verhältniß lag, nicht zum Bewußtsein brachte; dazu kommt, daß die wichtigste Wirkung dieses Verhältnisses, das freie Veräußerungsrecht jedes Theils, hier abgeschnitten war. In späterer Zeit, als jenes enge gemeinschaftliche Leben schon gelockert sein mochte, sprechen die Urkunden dieses Princip auch deutlich genug aus. Duncker S. 91, Homeyer S. 462.

Dem Herrn gegenüber wurden sie öfter durch einen Lehnträger vertreten[9]. Dieser strengen „Gesammtbelehnung" schloß sich schon frühzeitig eine leichtere Form, die s. g. Belehnung zur gesammten Hand an, deren Entwickelung durch einen Sieg des Bedürfnisses der Vasallen über das Interesse des Herrn an der Gemeinschaft der Lehnsbesitzer erfolgte[10]. Hiernach empfängt bloß einer der zugleich Belehnten den Besitz und Genuß des Lehns; die übrigen (Gesammthänder) erhalten durch ihre Mitbelehnung nur eventuelle Successionsrechte[11].

c. Investituren mit Beschränkung in Ansehung der Dauer.

§. 117.

Ein Lehn wird regelmäßig nicht für eine bestimmte Zeit errichtet, sondern erstreckt sich auf alle vom ersten Erwerber abstammenden lehnsfolgefähigen Nachkommen. Dieser Grundsatz kann durch entgegenstehende Bedingungen des Lehnsvertrags abgeändert werden. Die eigenthümlichen, hieraus hervorgehenden Erscheinungen lassen sich in folgende Classen zusammenfassen: 1) Taglehen[1], d. h. Lehen, welche nur auf eine bestimmte Zeit gegeben werden, z. B. das Baulehen, das Angevelle, die Leihe zur Vormundschaft[2]. 2) Personallehen[3], welche nur auf die Lebenszeit des Empfängers be-

9) Sächs. Lehnr. 8 §. 2: „Die herre mut wol sinen mannen mit ordelen gebeden die en gut von ime hebbet, dat sie sik binnen ses wecken besceiden, dat he wete up wene he sines dienstes se —."

10) Duncker S. 102 flg. Homeyer S. 406 flg.

11) Den noch immer bestehenden Unterschied vom bloßen Geding hat Homeyer gegen Duncker a. a. O. nachgewiesen. Ueber eine Verbindung des longob. und deutschen Rechts s. Stölzel a. a. O. S. 198 flg.

1) S. Buder amoenitates jur. feud. p. 38—42. Homeyer Lehnr. S. 357. S. Sächs. Lehnr. 78 §. 1. Auct. Vet. de benef. III, 21.

2) Homeyer a. a. O. S. 352 und S. 487.

3) Th. Hagemann vom Personallehen. 1786 (auch in dessen kleinen jur. Aufsätzen Th. 1 S. 113 flg.). Homeyer S. 358 flg.

stimmt sind; diese kommen besonders häufig als Lehen an Unfähige, z. B. Geistliche und Frauenzimmer, vor, für letztere namentlich als Wittwenversorgung, vorausgesetzt, daß das bestellte Leibzuchtsrecht am Lehn nicht ein bloß allodiales ist[4]). 3) Wiedergebliche Lehen[5]), welche entweder beim Eintritt einer auflösenden Bedingung von selbst an den Lehnsherrn oder einen Dritten fallen, oder von dem Herrn jeder Zeit gegen Zahlung einer Summe wieder eingelöst werden können (Lehen auf Treue); die Rechtsbücher beschränken die Wirksamkeit dieser Bestimmung bloß auf die Personen der Paciscenten[6]).

B. Durch Ersitzung.

§. 118.

Das longobardische[1]) Lehnrecht läßt die sonst nur der Investitur zukommenden Wirkungen auch eintreten, wenn eine

4) Vgl. Sachsensp. Landr. II, 21 §. 3. Sächs. Lehnr. 31 §. 1. Eine wirkliche lehnrechtliche Beleihung mit der Leibzucht wird im Sächs. Lehnr. 57 § 1 erwähnt, nämlich wenn der Herr der Frau das Geding an ihres Mannes Gut leiht, oder beide zu gesammter Hand beleiht; auch kommt Sächs. Lehnr. 2 §. 3 und 31 §. 2 ein solches Geding der Frau mit Folge an jeden neuen Herrn vor. (S. auch Sachsensp. Landr. III, 75.) Jedoch sind diese Stellen spätere Zusätze. Dieses Geschäft wurde aber später nicht nur das regelmäßige, sondern erweiterte sich particularrechtlich sogar zu einem gesetzlich eintretenden.

5) S. Preuschen bei Zepernick Sammlung auserles. Abhandl. Th. 1 Nr. 1. Homeyer a. a. O. S. 343.

6) Sächs. Lehnr. 55 § 4: „Gut dat deme manne gelegen wert up sine trüwe, dar mach he lenrecht mede dun sinen mannen, unde erft it uppe sine sone, unde die ne dürven't nicht uplaten deme herren umme losunge, sie ne hebben't selve gelovet." Ebenso §. 7 das.

1) Das deutsche Recht, welchem ja überhaupt die erwerbende Verjährung fremd ist, kennt dieß Institut auch nicht beim Lehn. Davon

lehnsfähige Person eine bestimmte Zeit hindurch eine Sache als ihr Lehen besessen und die im Lehnsverhältniß liegenden Vasallen-Rechte und Verbindlichkeiten einem bestimmten lehnsfähigen Dritten gegenüber ausgeübt und erfüllt hat, auch der Letztere andererseits die Stellung als Lehnsherr während jener Zeit thatsächlich anerkannte[2]; vorausgesetzt wird jedoch dabei stets guter Glaube. Man hat in Rücksicht auf die hervortretende dingliche Seite des Lehnsverhältnisses[3]) mit Recht[4])

---

ganz verschieden ist die Bedeutung, welche auch hier dem Ablauf von Jahr und Tag (der rechten Gewere) gegeben wird. Sächs. Lehnr. 13 §. 1 und 2. Homeyer Lehnr. S. 410 flg.

2) II feud. 33 pr.: „Sciendum est — feudum acquiri investitura, successione vel eo quod habetur pro investitura. — Inde etiam dicitur, quod si alius probaverit, se aliquid nomine beneficii aliquo tempore tenuisse domino praesente et non contradicente et servitium ejus quasi a vasallo recipiente, licet non probet investituram, verumtamen obtinebit praestito juramento, nisi aliud contra inducatur.“ II feud. 26 §. 5: „Si quis per triginta annos rem aliquam ut feudum possedit et servitium domino exhibuerit, quamvis de ea re non sit investitus, praescriptione tamen triginta annorum se tueri poterit.“ Diese letzteren Worte deuten offenbar auf die römische praescriptio triginta annorum, weshalb die Ansicht derer unrichtig ist, welche darin die Einführung einer neuen Lehnsverjährung von 30 Jahren erblicken. S. Pätz Lehrb. §. 66 Note 4. Daß man an eine analoge Anwendung der römischen Eigenthumsersitzungen dachte, zeigt namentlich das Cap. extraord. Jacob. de Ardizone II feud. 87: „In beneficiis ut in ceteris contractibus praescriptiones currere satis humanum et rationi congruum videtur. Si quis ergo feudum alienum bona fide ab aliquo justa traditione acceperit, licet dominus non sit, cum verus dominus in traditione putetur longi temporis praescriptione jus sibi acquirit, si vero malam fidem habuerit, nulla se poterit tueri praescriptione —.“ Die 30jährige Verjährung des römischen Rechts war schon dem älteren lombardischen Rechte vorzugsweise geläufig; Savigny Gesch. des röm. R. im Mitt. Bd. 2 S. 220.

3) Die Schwierigkeit, welche in der Nichtersitzbarkeit eines persönlichen Verhältnisses liegt, hebt sich durch den Umstand, daß dieß eine bloße Pertinenz des dinglichen ist.

4) S. Note 2. Pätz Lehnr. §. 66. A. M. ist theilweise Eichhorn §.

diese allgemeinen Andeutungen des longobardischen Lehnrechts durch die Grundsätze der römischen Eigenthumsersitzung ergänzt, und danach zwischen einer ordentlichen und außerordentlichen Ersitzung unterschieden; jene soll eintreten, wenn ein Titel hinzukommt, diese in den Fällen, in welchen wegen besonderer Gründe eine ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist. Diese Entstehungsart des Lehens wird jedoch als eine anomale betrachtet (feudum informe[5])).

V. Rechtsverhältnisse der Lehnspersonen unter einander.

A. Rechte des Lehnsherrn.

Einleitung.

§. 119.

Die Lehnsherrlichkeit umfaßt die persönliche Lehnsherrschaft über den Vasallen und die dingliche Berechtigung am Lehen. Sofern sie im einzelnen Falle nicht Gegenstand einer lehnrechtlichen Verleihung ist, hat sie die Natur eines durchaus allodialen Rechts, welches durch die eigenthümlichen lehnrechtlichen Wirkungen nicht selbst ergriffen wird, die sie nach unten ausströmen läßt. Daher sollte die Lehnsherrlichkeit (abgesehen von besondern durch Fideicommißeigenschaft und Veräußerungsbeschränkungen an Staats= und Kirchensachen begründeten Hindernissen) frei veräußert werden können, sofern

---

211 Note f., Weber Handb. IV. S. 252 flg. Unterholzner Verjährungslehre Bd. 2 S. 264 flg., welche in II feud. 26 §. 5 die Einführung einer dreißigjährigen Verjährung sehen.

5) S. noch über Lehnsverj. Pr. Landr. I, 18 §. 80. Das Sächs. R. (Ablauf von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen) s. bei Kori Theorie der Verjährung S. 212 flg. Das Bayer. Lehnsed. §. 77 hebt die Lehnsersitzung auf, und das Badische Edict § 35 läßt den Zeitablauf nur eine Vermuthung für die rechtmäßige Entstehung geben.

dadurch die Stellung des Vasallen nicht beeinträchtigt würde[1]), und in der That läßt das deutsche Recht eine Veräußerung der Lehnsherrlichkeit auch ohne Einwilligung des Vasallen gelten[2]), vorausgesetzt, daß sie nicht an einen dem Stande nach Geringeren[3]) geschieht, oder an Mehrere zugleich, und so eine Zersplitterung des Lehns enthält[4]); dem Vasallen wird dann die geschehene Veräußerung angezeigt und er angewiesen, dem neuen Herrn die Huldigung zu leisten[5]). Allein das longobardische Lehnrecht knüpft jede Veräußerung der Lehnsherrlichkeit an die Einwilligung des Vasallen; es sind jedoch par-

1) Man hat öfter dagegen angeführt, daß ein rein persönliches, durch gegenseitige Verträge begründetes Verhältniß nicht einseitig übertragen werden könne. Man vergißt dabei, daß das hervortretende Element immer das dingliche bleibt, zu welchem die persönliche Beziehung nur als Pertinenz hinzutritt; auch faßt man diese letztere zu subjectiv auf, wenn man eine Unbilligkeit darin sieht, daß der Vasall mit seinen Diensten an jeden Dritten gewiesen werden könne, indem ja auch beim Tode des Herrn eine solche Veränderung stattfindet, und die Verpflichtung zur Lehnstreue nach der Anschauung des Mittelalters eine ganz allgemeine und die Persönlichkeiten nicht besonders berücksichtigende Verbindung war. Dieß muß um so mehr heutzutage der Fall sein, wo gerade diese Seite des Lehnsverhältnisses ihre Schärfe verloren hat. S. hierüber Martini und Wuflef in Zepernick's Sammlung Th. II S. 226 flg.

2) S. z. B. Sächs. Lehnr. 44 §. 1, 57 §. 4 und 5, 71 §. 10. S. Homeyer Lehnr. S. 386 flg.

3) Sächs. Lehnr. 25 §. 1, 80. Auct. Vet. I, 58. Schwäb. Lehnr. 33 und 85. Urkunde v. 1304 bei Scheidt vom Adel S. 423. Ebenso das Pr. Landr. I, 18. §. 182, 183, 186. Badisches Edict §. 24. Daher würde auch eine Veräußerung der Lehnsherrlichkeit in der Form der s. g. obinfeudatio per dationem nicht ohne Einwilligung des Vasallen Bestand haben können, wohl aber eine obinfeudatio per oblationem. S. Homeyer a. a. O. S. 390 flg.

4) Sächs. Lehnr. 28 §. 1. Der Vasall hält sich an den Lehnsherrn, welcher den größten Theil besitzt.

5) Sächs. Lehnr. 48 §. 1. 57. § 4. Auct. Vet. I, 113. Schwäb. Lehnr. 85.

ticuläre Observanzen dadurch nicht verdrängt worden [6]), welche sich im Sinne des deutschen Rechts sehr häufig erhalten haben [7]). Namentlich ist das Recht zur Veräußerung der Lehnsherrlichkeit, sofern sie in der gültigen Uebertragung eines Territoriums liegt, stets anerkannt worden [8]).

Die Ausübung der Lehnsherrlichkeit kann durch den Lehnsherrn selbst oder durch einen beauftragten Stellvertreter geschehen [9]). Es giebt nun Fälle, in welchen gewisse Personen diese Vertretung als ein Recht in Anspruch nehmen können, welches dann prodominium genannt wird. Dieses Recht hat bei Staatslehen der Regent (prodominium sublime), bei Lehen juristischer Personen hat es der verfassungsmäßige Repräsentant derselben, z. B. ein bestimmter Prälat, oder der Magistrat, bei der allen Familiengliedern als Miteigenthümern zustehenden Lehnsherrlichkeit eine durch autonomische Beliebungen bestimmte Person, z. B. der Senior der Familie (pro-

---

6) Die entscheidende Stelle ist II feud. 34 (de lege Conradi) §. 2: „Ex eadem lege descendit, quod dominus sine voluntate vasalli feudum alienare non potest. Quod Mediolani non obtinet. Ibi enim sine curia etiam beneficium totum recte alienatur, dum tamen aut aequali domino aut majori vendatur. Inferiori vero sine vasalli voluntate non licet partem alienare etiam majore retenta alia parte; verbi gratia est vasallus, qui ab eodem domino in pluribus locis feudum tenet, si partem feudi in uno loco vendat, in alio sibi retineat, iste non debet emtori servire, sed per priorem dominum totum beneficium recognoscere. Cum curia vero cuicunque beneficium etiam rustico, et sine vasalli voluntate, potest, dum tamen non totum alienetur. Obertus. Quidam autem dicunt, ut Gerardus, non valere, si fiat inferiori.“ Die auch von Eichhorn §. 219 hierher gezogene Stelle II feud. 51 pr. spricht gar nicht von unserm Falle, und die Stellen II feud. 9 §. 2 und I feud. 22 pr. handeln offenbar von einer Veräußerung des vasallitischen Rechts. Vielleicht gilt dasselbe von II feud. 55 §. 4 in fin.

7) S. die vielen bei Homeyer a. a. O. angeführten Urkunden.

8) Eichhorn a. a. O. Note d.

9) II feud. 3 §. 3.

dominium simplex). Die Gränzen der Wirksamkeit dieser Vertretung in der Ausübung der Lehnsherrlichkeit sind nach den dem einzelnen Falle zu Grunde liegenden Bestimmungen zu ermessen [10]).

1) Persönliche Rechte des Lehnsherrn.

a) Lehnstreue und Lehnsdienste.

§. 120.

Die Verpflichtungen, welche der Vasall durch seinen sowohl bei der ersten Investitur als auch bei jeder Lehenserneuerung zu leistenden Eid übernimmt, bilden den Inhalt der Lehnstreue gegen den Herrn. Ihrem ursprünglichen Charakter nach äußert sich dieselbe nicht sowohl in einzelnen bestimmten Verbindlichkeiten, als vielmehr in dem allgemeinen Hingeben der Persönlichkeit an die Herrschaft des Lehnsherrn, welche heutzutage, da das öffentliche Recht eine der Unterwerfung unter die Staatsgewalt ähnliche Lehnsunterthänigkeit nicht mehr kennt, als ein zu dem binglichen Rechte am Lehn als Pertinenz hinzutretendes persönliches Verhältniß mit einigen rechtlichen Wirkungen erscheint [1]).

---

10) Weber Handbuch III S. 10 flg. Zachariä Handb. des Sächs. L.=Rechts §. 46.

1) Der eigentliche Charakter der Lehnstreue wird am richtigsten bezeichnet, wenn man sie unter die Rechte an einer andern Person stellt, analog den Rechten an Personen, welche durch natürliche Bande gegründet werden (diese Analogie wird auch anerkannt im Sachsensp. Landr. III, 78 §. 3 flg.). Es würde ganz falsch sein, die Unterwerfung des Vasallen im Allgemeinen als eine Art der Obligationsverhältnisse zu betrachten. Diese Auffassung läßt sich nur für einige ursprünglich mit der Lehnstreue zusammenhängende, aber allmählich von ihrem Quell abgelöste fixirte Verbindlichkeiten rechtfertigen. Immer aber bleibt die Lehnstreue mit ihren Wirkungen ein Verhältniß, dessen Lösung von seinem Boden (dem binglichen Elemente des Lehns) im Systeme nicht zu entschuldigen wäre.

Nach dem allgemeinen Inhalte der Lehnstreue ist der Vasall verbunden, dem Herrn ehrfurchtsvoll[2]) und seinen Anordnungen gehorsam zu begegnen, Alles zu vermeiden, was ihm an Leib, Gütern und an Ehre Nachtheil bringen würde[3]), auch ihm in jeder Noth treu beizustehen, sofern er die Dienste des Mannes in Anspruch nimmt. Ein Bruch dieser Treue heißt Felonie (Lehnsfehler[4])). Von den im gemeinen Lehnrechte beispielsweise als Fälle des Treubruchs aufgeführten Handlungen (nämlich unehelicher Beischlaf mit einer Verwandten oder Verschwägerten des Herrn, cucurbitatio[5]); Erhebung einer beschimpfenden Klage gegen den Letztern[6]); Antrag auf Calumnieneid[7]); Anklage oder Anzeige wegen eines Verbrechens[8]) und Ablegung eines Zeugnisses in Criminalsachen oder wichtigeren Civilstreitigkeiten gegen ihn[9])), können diejenigen heutzutage nicht mehr als Felonieen gelten, welche jetzt durch eine öffentliche staatsbürgerliche Pflicht ge=

---

2) Schw. Lehnr. 7: „Ez sol ouch ein man sine herren eren mit worten und mit werchen; er sol auch gegen im ufstan, er rite oder er gange, er sol in ouch vorlan gan; er sol im den stegereif haben, so er ufsizet und in den tage einest, da mit ist ez genuog.“ Richtsteig Lehnr. 8. 11. 15. Sächs. Lehnr. 76 §. 5. I feud. 6. 7. 23: „— Quomodo enim vasallus, quam humiliter, quam devote, quam benigne, quam fideliter erga dominum debeat se habere, potius ex naturalibus et bonis curiarum consuetudinibus potest percipi, quam lege aut scripto aliquo potest comprehendi.“ Görlitzer Lehnr. III, 16.

3)) Sachsens. Landr. III, 78 §. 8 und 84 §. 2.

4) II feud. 24 §. 11, II feud. 37. 39.

5) I feud. 5 pr. II feud. 24 §. 4. II feud. 38.

6) Arg. I. 11 §. 1 D. de dolo malo und I. 5 §. 1 D. de obsequ. parent. et patr.

7) II feud. 33 §. 4.

8) II feud. 24 §. 8. II feud. 33 §. 5.

9) II feud. 33 §. 5. (S. aber II feud. 2. II feud. 32.)

boten werden[10]), wie dieß schon im ältern deutschen Lehnrechte anerkannt ist[11]).

Es ist dem Wesen des Lehens nicht widersprechend, wenn die Lehnstreue mit diesem allgemeinen Inhalte erschöpft wird[12]), aber regelmäßig äußert sie sich noch in besonderen materiellen Wirkungen. Sie umfaßt nämlich sehr häufig die Verpflichtung zu einzelnen bestimmten Leistungen, deren Gegenstand entweder Geld, oder Geldeswerth (Beutel-, Sack-, Zins-, Klepperlehen[13])), oder ritterliche Dienste sind (eigentliche Ritterlehen). Diese sind entweder Kriegs- oder Ehren-Dienste im Frieden (Heerfahrt und Hoffahrt[14])); jene sind in

10) z. B. wenn das Gesetz die Anzeige eines Verbrechens gebietet, oder wenn der Richter heutzutage ein Zeugniß fordert. S. Reyscher würtemb. Privatr. §. 379. — Ueber die Abschwächung der Lehnstreue in neueren Gesetzgebungen s. Pr. Landr. I, 18 §. 143—165, Bayr. Edict §. 80 u. 183, Badisches Edict §. 24.

11) S. Sachsensp. Landr. III, 78. Act. Vet. III, 14. Ueber Sächs. Landr. II, 12 §. 1. S. Homeyer S. 374.

12) Daher sind die adeligen Lehen, deren Besitzer sich von der Verpflichtung zu Lehndiensten frei erhalten haben, wahre Lehen (feuda franca). Die deutschen Rechtsbücher sehen überhaupt die Dienstpflicht als eine von der Lehnstreue ganz unabhängige Vasallenverbindlichkeit an. S. Homeyer S. 375. Anders das longobardische Lehnrecht.

13) Dahin deutet schon S. Lehnr. 66 §. 5 („mit gift dienen") und Richtsteig Lehnr. 5 a. E. („mit gabe eren"). Schwäb. Lehnr. 112. 128. Cod. Max. Bavar. P. 4 Cap. 18 §. 3. 4. Klepperlehen haben dem Lehnsherrn ein Pferd zu leisten (Püttmann observ. jur. feud. Nr. 9), Zinslehen (nicht zu verwechseln mit dem Zinslehen, dessen Gegenstand ein Zinsrecht ist) einen Zins.

14) Sächs. Lehnr. 71 §. 18, 79 §. 2. (Ueber die Hoffahrt vgl. Sachsensp. Landr. III, 64 §. 1, Lehnr. 4 §. 4, 79 §. 1.) In der Regel war der Vasall nur zu Kriegsdiensten für das Reich verpflichtet, S. Lehnr. 2 §. 7, 4 §. 1—3, 46 §. 2 u. 3; für die Privatfehden des Herrn (II feud. 28 pr.) nur in Folge besonderer Verpflichtung im Lehnsvertrage (über das feudum ligium s. §. 107 Not. 6). Der Lehndienst wird nur nach vorherigem Aufgebot geleistet, II feud. 36 §. 17, II feud. §. 54 und II feud. 55 §. 1, Sächs. Lehnr. 4 §. 1, 46 §. 1 —

Folge der Veränderung der Kriegsverfassung gänzlich außer Uebung gekommen und an ihre Stelle ist regelmäßig eine Verpflichtung zu Geldleistungen (Ritterpferdsgelder) in der Form einer Steuer als Surrogat getreten [15]); diese dagegen können nach der Bestimmung von Particularrechten noch heutzutage bisweilen gefordert werden [16]). Von diesen Diensten sind diejenigen zu unterscheiden, welche nicht auf der allgemeinen Grundlage der Lehnstreue, sondern auf der ganz speciellen Bestimmung des Lehnsvertrags beruhen, die Dienste bei den s. g. Amtslehen, unter denen namentlich heutzutage die Hoflehen noch in Uebung sind.

b) Lehnsgerichtsbarkeit.

§. 121.

Es wird als eine fernere Wirkung der Lehnstreue betrachtet, daß der Vasall sich der Lehnsgerichtsbarkeit des Herrn unterwerfen und ihm bei der Ausübung derselben dienlich

---

3. Der Vasall muß den Dienst persönlich leisten, II feud. 26 §. 13. Hat er einen triftigen Entschuldigungsgrund, so muß der Lehnsherr mit einem Geldbeitrage (adoha, hostitium) vorlieb nehmen, II feud. 40 §. 2, II feud. 55, Sächs. Lehnr. 4 §. 3, 46 §. 2 (vgl. mit Schw. Lehnr. 83). Eichhorn Rechtsgesch. §. 294. 304.

15) Carlowitz de origine fatis et natura pecuniae servitiorum equestrium vicariae, 1803. (Deutsch erschien diese Abhandl. 1805.) Zachariä Handb. des Sächs. Lehnr. §. 134. 135. Kön. Pr. Assecuration für die Ritterschaft in der Kurmark Brandenb. v. 30. Jun. 1717. Kraut Grundr. §. 271 Not. 9—15. Bad. Edict §. 26. — Wo die Lehnsdienste nicht zu der Zeit schon abärirt worden sind, als sie wenigstens noch einen Schimmer von Bedeutung hatten, kann dieß natürlich jetzt nicht mehr gefordert werden. Eichhorn Einl. §. 214 a. E.

16) Bayr. Lehnsedict §. 81, besonders aber Bad. Lehnsed. §. 26, f, welches die Vasallen verbindet, nach geschehener Aufforderung bei der Vermählungsfeier, dem Lehnsregierungsantritt und dem Leichenbegängniß des Lehnsherrn zu erscheinen.

sein müsse[1]). Die Lehnshöfe, als besondere Gerichte zur Entscheidung lehnrechtlicher Streitigkeiten, waren mit Vasallen[2]) (daher Mannengerichte) besetzt, welche auf besondere Aufforderung zu dem Geschäfte des Rechtsprechens erscheinen mußten, und der Lehnsherr führte den Vorsitz, sofern er nicht selbst Partei war[3]). Eine eigentliche Lehnssache ist aber ein Rechtsstreit, welcher die auf einer Investitur wirklich oder angeblich beruhenden, zwischen Vasallen und Lehnsherrn und zwischen dem Vasallen und dritten Personen eintretenden rechtlichen Beziehungen betrifft[4]). Zugleich umfaßte die Competenz des Lehnhofs auch die in lehnrechtlichen Angelegenheiten nothwendigen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit[5]). Die Berufung von Mannengerichten im alten Sinne des Worts ist längst außer Uebung gekommen[6]), und die Lehnsgerichtsbarkeit regelmäßig den ordentlichen Landesgerichten übertragen worden[7]); da mithin die Verbindung derselben mit der Lehnstreue gelöst ist, so hat sie heutzutage

---

1) II feud. 15 §. 1, II feud. 22. Homeyer Lehnr. S. 562—626. Ueber die Entstehung der Lehngerichte s. Eichhorn Rechtsgesch. §. 303.

2) Die Vasallen als Beisitzer des Gerichts heißen pares curiae, I feud. 18, II feud. 16.

3) Schwäb. Lehnr. 119 b.

4) Das longobardische Lehnrecht drückt dieß durch Aufzählung einzelner Fälle aus. S. I feud. 18. 22 §. 2. II feud. 15 §. 1. 20—22. 26 u. s. w. Ueber das deutsche Recht s. Homeyer a. a. O. S. 563 flg. Eichhorn Einl. §. 215. N. k.

5) z. B. Investitur, Bestellung eines Lehnsvormunds.

6) Das letzte Beispiel eines Mannengerichts soll das vom Fürsten Hohenlohe im J. 1788 zusammengerufene sein. S. Reuß. Staatskanzlei 22. Th. S. 239 flg.

7) Goth. Lehnsmand. §. 229. Bayr. Edict §. 214—217. Bad. Lehnsed. §. 25. Pr. Landr. I, 18 §. 166 flg. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 235. Grefe Hannoversches Privatrecht 2. Abth. S. 168 flg. Steinacker braunschw. Privatr. S. 576 flg.

kein privatrechtliches, sondern ein rein processualisches Interesse[8]).

c) Lehnserneuerung.

§. 122.

Das Band der Treue, welches den Lehnsherrn und Vasallen verbindet, soll beständig in Kraft und Spannung erhalten werden. Dieß würde durch eine einmalige Investitur nicht erreicht werden können, ihr Andenken würde sich bei dem Wechsel nachfolgender Generationen verwischen. Dieß zu verhüten ist eine Pflicht des Vasallen, er ist verbunden, seine Persönlichkeit von Neuem huldigend entgegenzutragen, so oft ihm ein Lehnsherr gegenüber steht, mit welchem er noch in keiner individuellen Berührung gestanden hat. Man nennt dieß die Verpflichtung zur Lehnserneuerung[1]), welche in der Bitte um eine Wiederholung der Investitur besteht. Die Veranlassung dazu liegt sowohl in einem Herrenfall, d. h. einer Veränderung der Person des Lehnsherrn oder prodominus[2]), als in dem s. g. Lehnfall, d. h. einer Ver-

8) S. Heffter System des Civilprocesses S. 56.

1) S. Weber Handb. d. Lehnr. IV. S. 173 — 248. Homeyer Lehnr. S. 469 flg. Gothaisches Lehnsmand. §. 7 — 42. Chursächs. Mandat v. 1764. Tit. I—V. Altenburg. Mandat Cap. 1. Bayr. Edict §. 62 — 76. Badisches Edict §. 10 — 17. Pr. Landr. I, 18 §. 102 — 142.

2) Sächs. Lehnr. 27 §. 2. I feud. 22: „Sancimus ut nemo miles ultra annum et mensem vadat, ut investituram beneficii sui a filio vel successore domini sui petat, vel post mortem domini sui vel patris sui, vel alterius cui succedere debet.“ II feud. 40: „— si post mortem domini vasallus, vel post mortem vasalli haeredes ejus per annum et diem steterint, quod dominum vel haeredem ejus non adierint fidelitatem pollicendo et investituram petendo, si tale sit beneficium, ut fidelitas sit praestanda, ipsum perdat; sicut et antiquitus consuetudo fuit, sed non Mediolani.“ Auch wenn einer der mehreren Mitinhaber der Lehnsherrlichkeit abgegangen ist, bedarf es der

änderung der Person des Vasallen, welche durch den Erwerb des Lehns von einem neuen Vasallen kraft einer früheren Investitur geschieht[3]). Die Verpflichtung trifft entweder den schon besitzenden Vasallen oder denjenigen, welcher durch den Veränderungsfall den Besitz des Lehens erlangt hat, und nach Particularrechten auch die zur Zeit nur anwartenden Gesammthänder[4]).

Hiernach muß der Verpflichtete binnen Jahr und Tag von Zeit der erlangten Wissenschaft[5]) eines die Verbindlichkeit zur Lehnserneuerung veranlassenden Falls die Belehnung entweder vom Herrn selbst oder durch den Lehnshof erbitten (die Lehen muthen[6])). Die Frist wird auf das Vorbringen

---

Lehnserneuerung. Wenn aber mehrere Lehnsherrn vorhanden sind oder (nach Wegfall eines Lehnsherrn) die Lehnsherrlichkeit erwerben, so fragt es sich, ob der Vasall von allen oder nur von einem die Belehnung zu erhalten brauche; für Letzteres entscheidet sich Weber a. a. O. §. 182.

3) Richtst. Lehnr. 21 §. 1; 22 §. 1, 8. Sächs. Lehnr. 37 §. 1; 35 §. 9; 27 §. 1. II feud. 40. Durch die Lehnserneuerung wird das Lehen nie erworben, denn der Erwerb liegt in der Lehnssuccession, welche eine Folge der ersten Investitur ist. S. auch II feud. 3 pr.

4) Chursächs. Lehnsmand. Tit. I §. 1 flg. Goth. Mand. §. 8—10. Altenb. Mand. Cap. IV §. 10. Diese Particularrechte fordern eine Lehnsmuthung aller Gesammthänder, wenn der besitzende Hauptvasall wegfällt, aber auch eine Muthung der Descendenten eines weggefallenen nicht besitzenden Gesammtbelehnten.

5) Sächs. Lehnr. 13 §. 2, 25 §. 3, 22 §. 1. I feud. 22, II feud. 24. pr. II feud. 40, II feud. 55. Darüber, daß die Frist erst von erlangter Kenntniß des Falls beginne, vgl. Sächs. Lehnr. 48 §. 1, 50 §. 4. Schwäb. Lehnr. 15, 88 c. Die Zeit wird nicht immer auf 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage berechnet. S. Reyscher Würtemb. Privatr. §. 372 Not. 1. Wenn während des Laufs der Muthfrist eine neue Veränderung eintritt, so beginnt eine neue Frist. Bei einer Afterbelehnung beginnt die Frist für den Untervasallen erst von Zeit der geschehenen Belehnung des oberen Vasallen, s. S. Lehnr. 25 §. 4. Homeyer a. a. O. S. 471.

6) Ueber die Form des Muthungsschreibens s. Sächs. Lehnr. 22

triftiger Verhinderungsgründe[7]) verlängert (Lehensidult ertheilt) und beginnt für Unmündige, für welche der Vormund Lehnsindult suchen muß, nach longobardischem Lehnrechte erst von der Zeit der Pubertät an zu laufen[8]), während particularrechtlich (im Zusammenhange mit dem älteren deutschen Recht) der Vormund die Lehen muthet und der Mündel den Lehnseid erst nach erlangter Mündigkeit schwört[9]), wenn dieß nicht der Vormund im Namen des Mündels thut[10]). Eine nicht durch unabweisliche Hemmnisse entschuldbare Versäumniß

---

§. 1 u. 2 und bes. d. Goth. Mandat §. 12. Regelmäßig muß außer einer Angabe und Bescheinigung des Verwandtschafts-Verhältnisses (beim Lehnfall) auch eine Abschrift oder das Original des Lehnbriefs beigefügt werden. Ueber Muthscheine oder vorläufige Vigilanzscheine s. Goth. Mand. §. 13 u. 15.

7) Der Lauf der Frist wird gehemmt durch Abwesenheit des Herrn, S. Lehnr. 50. — Verhinderungsgründe, welche einen Anspruch auf Indult geben, sind namentlich die Unmöglichkeit, persönlich zu erscheinen oder die geforderten Beweise zu bringen. Goth. Mand. §. 32 flg. Badisches Ed. 12. Chursächs. Lehnsmand. Tit. II.

8) II feud. 26 §. 12: „si minori datum fuerit feudum, fidelitatem facere non cogatur, donec venerit in majorem aetatem, in qua doli capax sit; feudum tamen retinet. §. 13: Si quis decesserit filio impubere relicto fidelitatem nec ipse, nec alius pro eo facere cogitur. Idem de servitio personali. Alius tamen pro eo faciens servitium admittetur.“ II feud. 55 pr.: „Si quis infeudatus major quatuordecim annis sua incuria vel negligentia per annum et diem steterit, quod feudi investituram a proprio domino non petierit, transacto hoc spatio feudum amittat —.“ S. Kraut Vormundschaft 3. Bd. S. 53 flg.

9) Sächs. Lehnr. 26 §. 5. Homeyer S. 480 flg.

10) So das Pr. Landr. a. a. O. §. 111—115 und Bayr. Edict §. 45 u. 139. Andere Particularrechte verpflichten in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte den Vormund, für den Mündel Indult bis zur Mündigkeit zu suchen, und die Belehnung und Ableistung des Eids wird dann bis dahin verschoben. S. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 185. Goth. Mand. §. 22—25. Altenb. Mand. I, 8 flg. Bad. Edict §. 20.

dieser Frist hat den Verlust des Lehns zur Folge[11]). Auf eine gehörig vorgenommene Muthung kann der Herr die Belehnung nicht verweigern[12]), welche in Bezug auf die Form regelmäßig der ersten Investitur vollkommen gleicht; auch wird ein neuer Lehnbrief ausgestellt, welcher Abänderungen der früheren Lehensbedingungen enthalten kann[13]). Particularrechtlich ist der Vasall verbunden, bei der Lehnserneuerung dem Herrn eine Lehnwaare zu entrichten, jedoch wird diese Verpflichtung meistens auf den Fall eines Uebergangs des Lehns an Seitenverwandte oder Lehnkäufer beschränkt[14]).

---

11) Sächs. Lehnr. 13 §. 2, 18, 22 §. 5, 26 §. 11, 50 §. 1, 42 §. 1. (Ueber echte Noth als Entschuldigungsgrund s. S. Lehnr. 71 §. 5 und Schw. Lehnr. 56.) II feud. 22 pr.: „— nisi justa causa intervenerit, quare non petierit, veluti mortis, vel capitales inimicitiae, vel infantia, vel justa absentia; et si — non petierit damnetur." II feud. 28 pr. II feud. 52 §. 3: „— si vasallus non dolose per annum et diem steterit, quod a domino sui beneficii investituram non petierit, feudum non ob hoc amittat. Dolus enim abesse videtur, si justa causa impediente steterit." Offenbar soll hier dolus nicht den Gegensatz von culpa, sondern von einem gezwungenen Unterlassen bedeuten. Aber neuere Particularrechte beschränken oft den Verlust des Lehns auf den Fall eigentlich doloser Versäumniß der Frist. Bayr. Edict 69. 70. Pr. Landr. a. a. O. §. 147. 151. 153. Goth. Mand. §. 49.

12) Vorausgesetzt, daß das Lehen Folge an den Herrn hat und der Muthende lehensfähig ist. — Sächs. Lehnr. 22 §. 3: „Of die herre weigeret mit unrechte dat he ine to manne untva, die man sal behalden dat gut, dar he sine manscap umme geboden hevet, und besitte ane dienst, und ne darf nimmer des gutes mer gesinnen, die wile he's levende orkünde hevet, und erft dat gut an sine kindere, und mach damede belenen sine man."

13) S. §. 113 Not. 11.

14) Chursächs. Constit. v. 1572 (Cont. I. Cod. Aug. I. p. 131). Pr. Landr. a. a. O. §. 720. 727. Pufendorf observ. III. nr. 34—36. — Außerdem sind überall noch andere Belehnungsgebühren üblich, welche den Charakter von Sporteln haben (Schreibschilling, Lehntaxe, Canzleigebühren, laudemium minus).

2) Rechte des Lehnsherrn an der Sache.

§. 123.

Der Lehnsherr ist wirklicher Eigenthümer des Lehens [1]), obschon ihm durch die Rechte des Vasallen der sichtbarste und materiellste Gehalt des Eigenthums entzogen ist. Während der Dauer des vasallitischen Rechts äußert sich daher das Eigenthum nur in der Abhängigkeit einer Veräußerung des Lehns durch den Vasallen von der Zustimmung des Lehnsherrn [2]), in dem Rechte des Letzteren, Deteriorationen des Lehns durch geeignete Maßregeln zu verhindern [3]), in der Befugniß, für den Fall des Aufhörens der Vasallenrechte schon jetzt über das Lehen zu disponiren [4]), und gegen andere Personen als den Vasallen auch während der Dauer des Lehnsverbandes alle Rechte des Eigenthümers geltend zu machen. Mit dem Aufhören der Vasallenrechte tritt sofort eine

---

1) Sächs. Lehnr. 14 §. 3 „sines herrn gut.“ Daß die Rechtsbücher das Recht des Herrn als Gewere auffassen, geht daraus hervor, daß sie dem Obervasallen, welcher sein Gut weiter verliehen hat, eine solche zuschreiben. Homeyer Lehnr. S. 385 und 414 flg. S. II feud. 23 §. 2. II feud. 55 pr. II feud. 8 §. 2.

2) S. §. 126 und 127.

3) Huch bei Zepernick Miscellaneen zum Lehnrecht II S. 151 flg. und IV S. 250 flg. Der Lehnsherr ist berechtigt, wenn ihm die Anzeige von einer Deterioration zukommt, eine Visitation vorzunehmen, den Vasallen von ihrer Fortsetzung abzumahnen und zur Wiederherstellung des früheren Zustandes aufzufordern. Leistet der Vasall keine Folge, und ist die Deterioration wirklich erheblich, so kann der Lehnsherr bei Gericht auf Privation des Lehens dringen. Man beruft sich dabei passend auf II. feud. 27 §. 16: „Quicunque advocatiam suam vel aliquod aliud beneficium inordinate tractaverit, et a domino suo admonitus non resipuerit, et in sua perdurans insolentia, ordine judiciario tam advocatia, quam beneficio exutus fuerit, si postmodum ausu temerario advocatiam vel beneficium invaserit, pro violatore pacis habeatur.“

4) Durch Eventualbelehnungen und Exspectanzertheilungen.

je nach der Verschiedenheit der Umstände entweder nur zeitweilige oder definitive Consolidation des Lehnrechts ein.

B. Rechte des Vasallen.

A. Im Allgemeinen.

§. 124.

Auch der Vasall hat ein Recht an der Person des Herrn, sein Inhalt ist aber nicht ein Anspruch auf Dienste und Unterwürfigkeit, sondern auf Schutz und Unterlassung einer Verletzung [1]). Der Werth dieses nur selten mit positiver Kraft hervortretenden Rechts hat niemals in einem Verhältniß zu der Bedeutung der Berechtigung des Lehnsherrn an der Person des Vasallen gestanden, und mußte sich jetzt, da der Staatsschutz die Lehensprotection absorbirte und eine Verflüchtigung zu einem rechtlich erzwungenen Wohlwollen undenkbar erscheint [2]), allein auf die Wirkung beschränken, welche einer thatsächlichen Beeinträchtigung des Vasallen in dem Verluste der Lehnsherrlichkeit beigelegt ist [3]). Der Schwerpunct des vasallitischen Rechts liegt daher in dem dinglichen Elemente seiner Berechtigung.

---

1) II feud. 6 in fin.: „Dominus quoque in his omnibus vicem fideli suo reddere debet, quod si non fecerit, merito censebitur malefidus —." Richtsteig Lehnr. Vorwort §. 1. Der Lehnsherr braucht seine Treue nicht durch Eid anzugeloben.

2) Daher wird das Recht auf Treue des Lehnsherrn weder im Badischen Edict §. 24, noch im Bayrischen §. 85 erwähnt.

3) II feud. 26 §. 24: „Domino committente feloniam, ut ita dicam, per quam vasallus amitteret feudum, si eam committeret, quid obtinere debeat de consuetudine, quaeritur. Et respondetur, proprietatem feudi ad vasallum pertinere, sive peccaverit in vasallum, sive in alium." S. Pr. Landr. I, 18 §. 164.

B. Das Recht des Vasallen am Lehn.

1) Ueberhaupt.

§. 125.

Der Vasall hat am Lehngute alle Rechte, welche durch eine Ausschöpfung des Eigenthumsinhalts auf einen Andern übertragen werden können, ohne das Eigenthum des Uebertragenden selbst zu zerstören [1]). Er hat daher das Recht, das Lehen im weitesten Umfang und ohne Beschränkung zu ge-

1) II feud. 8 §. 1: „Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare, et si ab alio ejus nomine recte conveniatur, defensionem opponere. Nam et servitutem eidem rei debitam petere potest et retinere. §. 2: Quid ergo si pretio, vel dolo aut incuria servitutem rei beneficiariae imponi patiatur, et ad dominum ex qualibet causa postea beneficium revertatur? an ex eo praejudicium domino generetur quaesitum fuit. Et responsum est, ut vasallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse, domino autem, etsi per longa tempora perseveraverit servitus, minime noceat. §. 3: E contrario autem, si quid feudo a vasallo additum sit, si quidem tale adjectum sit, quod per se subsistere posset, id est ut per se censeatur, ut praedium, id non accrescit feudo. Si vero per se non possit subsistere, ut servitus, plerisque placet feudo accedere et sicut partem feudi disponendum esse. Meliorem namque conditionem feudi facere potest, deteriorem vero sine domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem pertinet, facere non potest. §. 4: Quamvis enim possessio per beneficium ad eum pertineat, tamen proprietas ad alium spectat." — Das deutsche Recht bestimmt den Inhalt des vasallitischen Rechts damit ganz übereinstimmend, ohne jedoch die Beschränkung in Betreff der Deterioration besonders auszusprechen. Es bezeichnet sowohl das ganze vasallitische Recht mit dem Namen der Gewere, als auch insbesondere den nach der Investitur ergriffenen Besitz, an welchen es bedeutende, jedoch mehr processualische Folgen anknüpft (die wichtigste ist die, daß ohne Gewere im letzteren Sinne keine Folge an den Herrn stattfindet) s. Gerber an der §. 111 Not. 1 bezeichneten Stelle. Die früheren Auffassungen des vasallitischen Rechts als usufructus oder dominium utile sind, wie schon früher ausgeführt wurde, unrichtig, unbeschadet der Zulässigkeit mancher Analogieen des Nießbrauchsrechts.

brauchen und zu benutzen, die natürlichen und Civilfrüchte desselben zu freiem Eigenthume zu erwerben[2]), sowie die zur Erzeugung derselben nothwendigen oder nützlichen Veränderungen der Substanz vorzunehmen[3]), die mit dem Hauptgegenstande des Lehns zusammenhängenden Rechte in seinem Namen auszuüben und neue Gerechtsame dafür zu begründen, auch kann er diese Befugnisse auf die Dauer seines Rechtes Andern überlassen[4]), sofern darin keine verbotene Veräußerung liegt. Die Gränze seines Rechts liegt da, wo seine Handlungen das Eigenthum des Lehnsherrn, oder die von seinem eigenen Rechte unabhängigen Berechtigungen seiner Nachfolger angreifen würden; daher sind Verfügungen über das Lehen, welche über die Dauer des Rechtes des Verfügenden hinaus zu wirken bestimmt sind und das Lehen entweder dem Lehnsherrn oder den Lehnsfolgern entziehen würden, ungültig[5]), und willkürliche Deteriorationen des Lehens haben deshalb Entziehung desselben durch den Herrn während der Lebenszeit des schuldigen Vasallen und Entschädigungsklagen der Nachfolger gegen den Letztern oder seine Erben zur Folge[6]). — Dagegen enthält das Lehnrecht auch eigen=

2) Er wird schon durch Separation der Früchte allodialer Eigenthümer derselben (s. Savigny Besitz S. 313), wie der wirkliche Eigenthümer. Dagegen läßt es sich nicht billigen, wenn man dem Vasallen auch die Rechte des Eigenthümers beim Finden eines Schatzes beilegt (Weber 4. Th. S. 337), da diese doch nur dem wirklichen Eigenthümer zukommen und nicht unter die Folgen eines regelmäßigen Nutzungsrechts gerechnet werden können.

3) II feud. 28 §. 2.

4) II feud. 3 §. 1. II feud. 9 pr. u. §. 1.

5) Ueber die Veräußerung des Lehens als Lehen s. die folg. §§.

6) S. §. 123 Not. 3. Insofern das Eigenthum durch theilweisen oder gänzlichen Untergang der Sache theilweise oder gänzlich erlischt, greift eine die Substanz bedrohende und in ihrem Werthe schmälernde Deterioration gewissermaßen auch das Eigenthum an.

thümliche Verpflichtungen des Vasallen, welche es an den Besitz des Lehnguts anknüpft. Dahin gehört erstens die Verbindlichkeit, alle Lasten des Guts (onera feudi, z. B. Reallasten), sowie die Reparatur- und Erhaltungskosten (§. 131 N. 5) aus eigenen Mitteln zu tragen; zweitens die Verpflichtung, einen wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen unfähigen Agnaten zu alimentiren[7]); durch particuläres Gewohnheitsrecht und Gesetz wird dieß auch auf die bedürftigen Töchter und die Wittwe des verstorbenen Vasallen ausgedehnt, und der Lehnsfolger verpflichtet, die Kur- und Beerdigungskosten seines verstorbenen Vorgängers zu bezahlen.

Zum Schutze seines Rechtes stehen dem Vasallen die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel des Eigenthümers zu (vindicatio utilis[8])), so wie auch die Klagen, welche aus den mit der Hauptsache verbundenen Rechten (z. B. Servituten) hervorgehen. Der Vasall ist aber auch in allen das Lehen betreffenden Rechtsstreitigkeiten der rechte Beklagte. Sowohl ein in einem solchen Rechtsstreite ergangenes Ur-

---

7) I feud. 6 §. 2: „Mutus feudum retinere non potest, scilicet, qui nullo modo loquitur: sed *si feudum fuerit magnum*, quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, unde se sustinere possit". Diese Verpflichtungen sind Obligationen, welche an einen Zustand angeknüpft sind. An und für sich haben sie eine allodiale Natur, aber ihre Voraussetzung und ihr Maß liegt darin, daß der Ertrag des Lehnguts reichlich genug sei, um sie zu bestreiten. S. Gerber in der §. 132 N. 1 cit. Abhandl. §. 4.

8) S. Not. 1 und II feud. 43: „Si controversia inter vasallum et alium de beneficio fuerit, adversario proprietatem totius, vel partem, vel aliud aliquod jus sibi vindicante, causa per vasallum etiam domino absente quasi propria perducatur. Ipse enim solus utiliter agendi et excipiendi habet potestatem; et si pro eo aut contra eum judicatum fuerit, vel cum adversario *transegerit*, dummodo fraudulenter actum non sit, etiam si post beneficium domino aperiatur, tale erit, ac si eo causam agente judicatum fuisset: et ideo ab eo ratum haberi oportet."

theil, als auch ein von dem Vasallen mit Vermeidung jedes Betrugs geschlossener Vergleich muß selbst vom Lehnsherrn und den Lehnsfolgern [9]) anerkannt werden; die Unterlassung einer Litisdenunciation an den Lehnsherrn hat hier nur die Wirkungen, welche das gemeine Recht an eine solche anknüpft [10]).

2) Von der Veräußerung des Rechts an Lehen.

a) Im Allgemeinen.

§. 126.

Das deutsche Lehnrecht erklärt eine Lehnsveräußerung für ungültig, welche dem Vasallen die Gewere des Guts und dem Herrn den Lehndienst entzieht [1]), und gewährt auch den Kindern des Veräußerers in einigen Fällen das Recht des Widerspruchs [2]). Während dagegen das longobardische Lehnrecht ursprünglich [3]) zwar eine theilweise Veräußerung

---

9) S. feud. 26 §. 23.

10) Sie ist besonders nützlich bei der Regreßklage wegen Eviction. Da das Gesetz (Not. 7 und 8) dem Vasallen ohne Beschränkung das Recht, Vergleiche zu schließen, beilegt, so ist kein Grund vorhanden, mit Eichhorn Einl. §. 224 f. anzunehmen, daß die Unterlassung der Litisdenuntiation dem Lehnsherrn ein Recht zur Rescission des Vergleichs gebe, so hart dieß auch immer scheinen mag.

1) S. Homeyer Lehnr. S. 425—437. Das deutsche Recht kennt für eine gültige Veräußerung des Lehns eine doppelte Form: entweder läßt der Vasall das Gut dem Herrn auf mit der Bitte, es an einen bestimmten Dritten zu verleihen, s. Sächs. Lehnr. 26 §. 10, 36, Schwäb. Lehnr. 21 (der Herr darf das Gut nicht zurückbehalten, Schwäb. Lehnr. 65), oder der Vasall läßt das Gut dem Dritten in Gegenwart des Herrn auf. S. Lehnr. 37 §. 1, 39 §. 3, Schwäb. Lehnr. 71.

2) Die Rechte der Kinder sind in den Rechtsbüchern noch sehr beschränkt. S. Homeyer S. 437 flg.

3) S. I feud. 5 pr. II feud. 9 pr. u. §. 1. II feud. 13 pr.: „Si clientulus voluerit partem suam feudi alienare, id est medium, sine domini voluntate poterit hoc facere, ulterius progredi non potest, secundum justum et verum usum, alioquin et feudum amittit et

des Lehns selbst ohne Einwilligung des Lehnsherrn gestattete, eine gänzliche ohne Zustimmung des Herrn geschehene Uebertragung aber selbst mit Verlust des Lehens bestrafte, haben zwei in das longobardische Rechtsbuch aufgenommene Kaisergesetze (von Lothar II. und Friedrich I.) für die Beurtheilung dieser Frage eine neue Grundlage geschaffen. Hiernach sollen alle Veräußerungen des Lehens, welche ohne Wissen und Willen des Herrn vorgenommen werden, nichtig sein, und das Lehen zur Strafe des Vasallen an den Herrn heimfallen, auch die daraus entspringende Klage des Letztern durch keine Verjährung erlöschen[4].

---

non valebit quod factum est. — Huic consuetudini derogatum est per legem Lotharii.“ Es scheint übrigens, als wenn auch dieses erlaubte alienare sich nur auf ein libellario nomine geschehenes bezöge, wie aus dem Vergleich der zuerst angeführten Stellen hervorgeht.

4) II feud. 52 (Gesetz Lothar's v. 1136): „— Comperimus, milites sua beneficia passim distrahere, ac ita omnibus exhaustis, suorum seniorum servitia subterfugere, per quod vires Imperii maxime attenuatas cognovimus —. Hortatu itaque — decernimus, nemini licere beneficia, quae a suis senioribus habent, sine ipsorum permissione distrahere, vel aliquod commercium adversus tenorem nostrae constitutionis cogitare, per quod imperii vel dominorum minuatur utilitas. §. 1. Si quis vero contra haec nostrae legis saluberrimae praecepta ad hujusmodi illicitum commercium accesserit, vel aliquod in fraudem hujus legis machinari tentaverit, pretio ac beneficio se cariturum agnoscat —.“ II feud. 55 (a. 1154): „Fridericus imp. — sancimus, ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere seu alienare, vel pro anima judicare, sine permissione illius domini ad quem feudum spectare dignoscitur. Unde imperator Lotharius tantum in futurum praecavens, ne fieret, legem promulgavit. Nos autem ad pleniorem regni utilitatem providentes, non solum in posterum sed etiam hujusmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac praesenti sanctione cassamus, et in irritum deducimus, nullius temporis praescriptione impediente, quia quod ab initio de jure non valuit tractu temporis convalescere non debet; emtori bonae fidei ex emto actione de pretio contra venditorem competente. Callidis insuper machinationibus

Unter dieses Veräußerungsverbot fallen mithin 1) Uebertragungen des gesammten vasallitischen Rechts [5]), so daß der Empfänger den Civilbesitz des Lehens erhält und die Stelle des bisherigen Vasallen einnehmen soll; 2) ebenso Veräußerungen, welche den Lehnsnexus in der Folge zerstören müssen, z. B. Verpfändungen [6]); ebenso 3) Veräußerungen in der Art, daß zwischen den bisherigen Lehnsherrn und Vasallen durch den Letztern ein neuer Lehnsherr gesetzt wird (subinfeudatio per oblationem); 4) zu den verbotenen Veräußerungen müssen endlich die Bestellungen dinglicher Rechte gerechnet werden, welche, analog dem contractus libellarius, den Besitz und Genuß des Lehnsguts in die Hand des Erwerbers erblich übertragen, wie Emphyteuse und Colonatrecht [7]).

Eine verbotene Veräußerung ist ipso jure nichtig [8]) und

---

quorundam obviantes, qui pretio accepto quasi sub colore investiturae, quam sibi licere dicunt, feudum vendunt et in alios transferunt: ne tale figmentum vel aliud ulterius in fraudem hujus nostrae constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus, poena autoritate nostra imminente, ut venditor et emtor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, et ad dominum libere revertatur.“ Bei den allgemein lautenden entscheidenden Worten ist es nicht zu rechtfertigen, wenn Manche die hier ausgesprochenen Folgen bloß bei den Veräußerungen eintreten lassen wollen, welche den im Eingange genannten Motiven der Constitution entsprechen, zumal da die Allgemeinheit dieser Wirkungen auf der viel tieferen Basis des Treubruchs beruht.

5) Dahin gehört namentlich auch die Hingabe eines Lehens an die Tochter als Dos, s. II feud. 9 §. 1.

6) S. §. 128.

7) II feud. 9 §. 1: „licet posset locare, nisi locatio esset fraudulenta alienatio, sicut est per libellum ut dicatur venditio.“ Die alienatio per libellum wird als eine betrügerische Veräußerung angesehen. Vgl. die folgenden Worte der obigen Stelle. A. M. Eichhorn §. 227 Nr. 5. Pfeiffer Rechtslex. Bd. 6 S. 584. Pr. Landr. I, 18 § 192.

8) II feud. 44. Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke „revertitur,“ „ad irritum revocatur.“

wird außerdem mit dem Verluste des Lehns bestraft; daher steht dem Herrn vom Augenblick der vollzogenen Veräußerung eine unverjährbare[9]) Vindication des Lehens mit ihren gewöhnlichen Wirkungen zu. Die Consolidation, welche nun eintritt, dauert jedoch nur so lange[10]), als der veräußernde Vasall und lehnsfähige Descendenten desselben, da sie kein Revocationsrecht haben[11]), vorhanden sind; die Agnaten sind, sobald sie der Successionsfall trifft, zur Zurückforderung des Lehns vom Herrn berechtigt. Wenn jedoch der Lehnsherr in die Veräußerung willigt oder wenigstens von seinem Rechte keinen Gebrauch machend dem Erwerber den Besitz des Gutes überläßt, so werden dadurch die Rechte der Agnaten nicht beschränkt, welche ihnen schon als Folge der ersten Investitur beigelegt werden. Auch sie haben, sobald sich ihnen die Succession eröffnet, eine gewöhnliche Vindication, mit welcher die Veräußerung vernichtet und das Lehen in ihre Hand zurückgeführt wird[12]) (daher actio revocatoria feudi als Bezeichnung dieser Klage des Lehnsherrn und der Agnaten).

9) II feud. 40: „Liceat dominis omnes alienationes feudi factas nulla obstante praescriptione revocare."

10) II feud. 26. §. II feud. 31.

11) I feud. 8 §. 1: „Si frater meus alienaverit partem suam feudi — si moriatur sine herede masculo, nihilominus revertitur ad me." Ueberall wird das Revocationsrecht bloß den Agnaten im Gegensatz der Descendenten des Veräußerers gegeben. S. auch II feud. 39. II feud. 83 (cap. extraord.): „Si alter ex fratribus, qui paternum habet beneficium, suam portionem dederit domino vel alicui extraneo, dominus vel extraneus tam diu teneat sine praejudicio, quamdiu ille qui dedit heredem masculum habuerit; si vero sine herede decesserit, alter frater si vixerit, vel ejus heredes sine ullo obstaculo et temporis praescriptione beneficium vindicet a quocunque possidente."

12) II feud. 26 §. 13. II feud. 39 pr. u. a. m. Die Klage der Agnaten unterliegt der regelmäßigen Verjährung, welche jedoch natürlich erst vom Successionsfalle an, wo dieselbe nata ist, zu laufen beginnt.

§. 127.

Diese Wirkungen können 1) beseitigt werden durch Einwilligung der zur Revocation Berechtigten in die Veräußerung[1]. Die hiernach sowohl vom Lehnsherrn als von den Agnaten zu ertheilende Zustimmung kann nach gemeinem Rechte sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen[2]; sie ist Sache des freien Willens, sofern nicht durch Gesetz oder vertragsmäßige Uebereinkunft[3] die Consensertheilung zur Veräußerung in bestimmten Fällen geboten oder zugesichert worden ist. Zur Sicherung der Veräußerung gegen die Revocation der Lehnsfolger genügt jedoch der Consens sämmtlicher zur Zeit lebender Agnaten, so daß deren nachgeborne Descendenten dadurch ebenfalls gebunden und von der Revo-

---

1) II feud 5 §. 1: „Praeterea si ille ad quem feudum per successionem jure obvenire debet, consenserit eos investiri, ad quos secundum rectum morem non pertinet, nullo modo ad eum repetendum regressum habet.“ II feud. 39: „Alienatio feudi paterni non valet etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus (vel postea ratum habentibus), ad quos beneficium quandoque sit reversurum.“

2) Particularrechte schreiben bisweilen gewisse Förmlichkeiten für eine gültige Consensertheilung vor. S. Bayer. Ed. §. 92, Goth. Mand. §. 101 f. u. 164. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 142 flg.

3) S. Goth. Edict §. 159; Privileg. für die Vasallen in der Ober-Lausitz v. 1544, und Mecklenburg. Landesreversalien v. 1572 §. 8 bei Lünig Corp. J. feud. II pag. 691 und 1579. Die Fälle, in denen dieß vorkommt, sind regelmäßig Ueberschuldung oder Aussicht auf Aussterben der successionsfähigen Familie. Es ist jedoch die rechtliche Folge eines sofort wirksamen Verzichts von der bloßen Verpflichtung, einen solchen vorkommenden Falls erst zu ertheilen, sorgfältig zu unterscheiden; denn im letzteren Falle können die Agnaten, wenn ohne Consens veräußert wurde, revociren, obschon sie später gezwungen werden können, in die Veräußerung zu willigen und das Lehen wieder herauszugeben, — vorausgesetzt, daß der veräußernde Agnat selbst diese Forderung geltend macht, denn der dritte Erwerber hat sie nicht (also nicht etwa eine exc. rei vend. et trad.). S. Kraft Beitr. zur Lehre v. d. Consens der Agnaten 1853.

cationsklage ausgeschlossen sind[4]), wogegen freilich die entgegengesetzte Meinung bisweilen in Particularrechte verpflanzt worden ist[5]). 2) Die Folgen einer verbotenen Veräußerung

4) S. über diese viel bestrittene Frage Weber Handbuch des Lehnr. Bd. 4 S. 455 flg. Bülow und Hagemann Erörterung. Bd. 4 Nr. 8. Hennemann über II feud. 45 und die Descendentenfolge in Lehen 1804. Vermehren Erinnerungen an's Lehnrecht. 1827. S. 26 flg. Spangenberg in Hagemann's pract. Erörterungen Bd. 8 Abth. 2 S. 117 flg. Vgl. auch die ältere Literatur bei Eichhorn Einl. §. 228 Note m. u. n. Die Frage ist so zu lösen: 1) Aus der successio ex pacto et providentia majorum geht hervor, daß jeder Lehnsfolger unabhängig von seinem Vorfahren ein Revocationsrecht haben muß. I feud. 8 §. 1, II feud. 26 §. 13. 2) Der Einfluß, den die theils gesetzlich (II feud. 45), theils zufällig zur Lehnssuccession hinzutretende (Allodial-) Universalsuccession hat, ist der, daß der Nachfolger die Handlungen des Erblassers, also hier die Veräußerung oder den Consens dazu anerkennen muß. II feud. 83. 3) Außer dem Falle von II feud. 45 ist jene Verbindung eine Zufälligkeit; aber selbst wenn sie einmal statt gefunden hat, würde consequent jeder künftige Enkel, der nicht im Falle von II feud. 45 ist, durch Ausschlagung der ihm deferirten Allodialerbschaft, auf das Revocationsrecht zurückgreifen dürfen. II feud. 83. 4) Demnach würde keine Möglichkeit vorhanden sein, eine Veräußerung mit Consens der lebenden Agnaten gegen eine künftige Revocation sicher zu stellen, sofern irgend noch Aussicht auf Nachkommen der Agnaten vorhanden ist. Und doch wollte sie das longobardische Lehnrecht geben in II feud. 39 pr. Es geschieht durch eine willkürliche, wörtlich zu interpretirende Bestimmung: die Veräußerung soll gültig sein, wenn alle Agnaten consentiren, d. h. nicht bloß die ersten Agnaten einer Linie, sondern alle lebenden, gleichviel ob darunter Vater und Sohn, oder bloße Seitenverwandte sind. — A. M. ist Eichhorn Einl. a. a. O., welcher auch den lebenden Descendenten der Agnaten das Revocationsrecht abspricht, und es beruht auf einer irrigen Auffassung der Sache, wenn er die oben vorgetragene Ansicht eine inconsequente nennt. Er selbst ist jedoch inconsequent, wenn er das Nichtzustehen des Revocationsrechts von der Bedingung abhängig macht, daß der Agnat für sich und seine Descendenten consentire; entweder bindet sein Consens die Descendenten von selbst, dann braucht es keiner ausdrücklichen Ausdehnung auf sie, oder er bindet sie nicht, dann kann der Vater über ihr Recht nicht willkürlich disponiren.

5) Pr. Landr. I, 18 §. 266, 269, 270, 302. Goth. Mand. §. 80, 228. Bayer. Ed. §. 116 flg. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 154 flg.

treten überhaupt nicht ein bei der Uebertragung der s. g. veräußerlichen Lehen, d. h. solcher, für welche gleich bei der Investitur dem Belehnten das Recht einer Veräußerung des Lehens in dieser Eigenschaft an eine lehensfähige Person gewährt wurde[6]), ferner bei einer Veräußerung des Lehens an einen Lehensfolger (wodurch natürlich die Rechte der etwa näher berechtigten Agnaten nicht zerstört werden[7])), bei einer Afterbelehnung (§. 128), bei der Bestellung des einer Frau zustehenden Lehns als Dos[8]), bei der Errichtung einer Servitut am Lehen, welche jedoch weder der folgende Agnat, noch der Herr beim Heimfall des Guts anzuerkennen braucht[9]), und endlich, wenn der Vasall das Lehen in einem Irrthum

6) Das Lehnrecht kennt zwei Arten dieses feudum improprium: 1) ein Lehen, bei dessen Verleihung der Lehnsherr sogar eine freie Veräußerung als Allod erlaubt, II feud. 26 §. 25: feudum ea lege datum, ut ipse et heredes sui masculi et foeminae, et cui dederit, habeant, iisdem culpis amittitur, quibus et alium feudum (d. h. es wird so lange als Lehen behandelt, als der Vasall nicht durch Veräußerung die Lehenseigenschaft abstreift). Quod si vasallus alienavit, feudum esse desinit apud emtorem.“ 2) Ein Lehen, bei welchem die Veräußerung nur in der Art gestattet wird, daß entweder in der Hand des Erwerbers ein wahres Lehen, oder wenigstens ein nach den Bedingungen des Heimfalls eines Lehens wieder auflösbares allodiales Recht entstehe. Dieß ist der Sinn von II feud. 48: Si quis ea lege alicui feudum dederit, ut ipse et sui heredes, et cui ipse dederit, habeant, respondeo, iste qui sic accepit, poterit id vendere, vel donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini alienare, et ille etiam cui datum fuerit, non habebit ipsum pro feudo, nisi sicut ei datum fuerit. Sed qualitercunque ei datum fuerit, sive ad proprium, sive ad libellum, licet propriam feudi naturam non habeat, jure tamen feudi censebitur, ut ex his causis ipsum amittat, quibus et verum feudum. Ubi ergo sic datum est feudum „et cui in feudum dederis“ aliud est, et propriam feudi naturam habet.“

7) I feud. 13 §. 3. II feud. 26 §. 14.

8) II feud. 13. 17.

9) II feud. 8 §. 2.

über dessen Eigenschaft veräußerte, in welchem Falle zwar die Uebertragung nichtig ist, aber die Strafe des Verlustes nicht stattfindet [10]).

Das Lehnrecht gewährt aber sowohl dem Lehnsherrn als auch den zur Zeit der Uebertragung des Guts vorhandenen Lehnsfolgern noch ein anderes Mittel, die Nachtheile einer Lehnsveräußerung abzuwenden, welches selbst bei den gesetzlich oder durch Consensertheilung gültig gewordenen Veräußerungen stattfindet; dieß ist der Lehensretract [11]). Derselbe wird nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Näherrechts beurtheilt. Er gebührt auch den Söhnen des Veräußernden. Wegen der Verschiedenheit des Inhalts beider Rechte kann, wenn beide in einer Person zusammentreffen, in einem Verzicht auf das Revocationsrecht, welcher durch Zustimmung zur Veräußerung geschieht, nicht auch ohne Weiteres ein Verzicht auf das Retractrecht gefunden werden; daher entzieht auch die Beerbung eines Veräußerers oder auf das Revocationsrecht verzichtenden Agnaten keineswegs das Retractrecht [12]).

---

10) II feud. 26 §. 20. II feud. 42.

11) II feud. 26 §. 14: „Titius filios masculos non habens partem suam feudi Sejo, partem ejusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illius feudi nullo dato pretio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, pretio reddito etiam vivo Titio; quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo scivit tacuit, omnino removebitur." Der Grund, warum in dem Consense des Sohnes zur Veräußerung hier ohne Weiteres ein Verzicht auf den Retract angenommen wird, liegt darin, daß dieß das einzige Recht ist, auf welches der Sohn verzichten kann. Da er kein Revocationsrecht hat, würde seine Zustimmung sonst ohne Sinn sein. — II feud. 9 §. 1.

12) A. M. Eichhorn §. 229, 3. Ueber das Verhältniß des Retracts zum Revocationsrechte überhaupt s. Vermehren diss. de discrim. inter jus revoc. et jus retrah. feud. Jen. 1825. Von Wichtigkeit ist namentlich der Umstand, daß die Retractsklage sogleich bei

Bei einer Concurrenz zwischen Lehnsherrn und Lehnsfolgern haben die Letzteren den Vorzug[13]).

b) Von einigen Arten der Veräußerung insbesondere.

§. 128.

Wegen eigenthümlicher rechtlicher Wirkungen sind noch einige Arten der Veräußerung einer besonderen Betrachtung zu unterwerfen. 1) Die Verpfändung des Lehens. War die Absicht des Verpfänders nur auf die pfandweise Uebertragung der Lehnsfrüchte gerichtet und nur zu diesem Zwecke auch der Besitz des Lehens übergeben, so wirkt eine solche Verpfändung zwar nur für die Dauer des Rechts des Verpfändenden und seiner Descendenten, hat aber nicht die Strafe des Lehnsverlusts zur Folge[1]). Eine Verpfändung des Lehens selbst[2]) setzt zu ihrer Rechtsbeständigkeit die Einwilligung des Lehnsherrn und zu ihrer Wirksamkeit gegen die Agnaten auch die Zustimmung der Letzteren voraus. Die Einwilligung des Lehnsherrn ist aber keine Veräußerung seines Eigenthums, sondern nur eine Erlaubniß, das Lehen an eine andere lehnsfähige Person als solches zu distrahiren. Generalhypotheken am Vermögen des Schuldners können hiernach nur die Lehns-

---

der Veräußerung angestellt werden kann, während die Revocationsklage erst beim Successionsfalle eintritt.

13) II feud. 9 §. 1.

1) S. die bei Eichhorn §. 227 Note d. angeführten Praktiker.

2) Obschon die verbotene Verpfändung des longobardischen Lehnrechts ein Faustpfand, resp. eine ältere Satzung zu sein scheint (II feud. 55 im Vergleich mit I feud. 5 pr. s. Pätz Lehnr. §. 142 Note a), so ist doch der Erfolg heutzutage bei der Hypothek ganz derselbe, nur daß die Folge der verbotenen Veräußerung, der Lehnsverlust, bei letzterer nicht schon im Momente der Verpfändung, sondern erst der Distraction eintreten dürfte. Inzwischen wird die Hypothek nur gegen die Früchte des Lehns gerichtet sein.

früchte, nicht die Lehnssubstanz ergreifen[3]). 2) Die Afterbelehnung. Es widerstreitet dem Rechte des Lehnsherrn nicht, wenn der Vasall, ohne aus seiner Stellung zu treten, das Lehen wieder an einen Dritten[4]) unter keinen vortheilhafteren Bedingungen verleiht, als er es selbst erhielt[5]). Daher bedarf eine solche Subinfeudation (per dationem) die Einwilligung des Herrn zu ihrer Gültigkeit nicht, während die Agnaten dadurch nicht gebunden werden. Der Aftervasall ist zwar zunächst nur Mann des ersten Vasallen, aber schon jetzt ist er zur Lehnstreue auch gegen den oberen Lehnsherrn verbunden[6]), welcher ihn beim Erlöschen des Rechts des ersten Vasallen als unmittelbaren Lehnsmann anzuerkennen hat[7]). Verboten ist dagegen die Afterbelehnung, welche durch Lehnsauftrag geschieht (subinfeudatio per oblationem, s. §. 126, 3[8])). 3) Letztwillige Verfügungen über die Substanz des Lehens, welche die letztere an andere Personen als die in der Investitur begriffe-

---

3) II feud. 26 §. 19: In generali alienatione vasalli non continetur feudum, nisi nominatim dictum sit.

4) Sächs. Lehnr. 14 §. 4, 71 §. 22. Sächs. Landr. III, 58 §. 2. Homeyer Lehnr. S. 287 und 431 flg. II feud. 3 §. 1. 9 § 2. 26 §. 22. 34 §. 3: „Similiter nec vasallus feudum sine domini voluntate alienabit; in feudum tamen recte dabit, si secunda persona sit talis, quae feudum servire possit, ut, si dans miles est, et ille, qui accepit feudum, invenitur miles." Ueberall wird dabei noch zur Gültigkeit vorausgesetzt, daß sie keine Lehnsveräußerung „quasi sub colore investiturae" sei, wie II feud. 55 ausgesprochen ist.

5) II feud. 34 §. 3: „— Profecto ille, qui suum beneficium alii dat, non debet alia lege dare, nisi qua ipse habet, ut si habet sibi suisque heredibus (quod intelligi debet de solis masculis), non debet alii dare, ut habeat ipse et sui heredes, masculi et feminae."

6) II feud. 55 §. 6.

7) II feud. 9 §. 2. II feud. 34 §. 3.

8) Die Ungültigkeit dieser Veräußerung wird zwar von den Gesetzen nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich aber aus der Natur des Verhältnisses von selbst.

nen zu bringen bestimmt sind, sind ohne Einwilligung des Lehnsherrn nichtig[9]), und können auch von den nur zur Lehnsfolge gelangenden Agnaten widerrufen werden, von den Descendenten des Erblassers jedoch nur insoweit, als das allgemeine Notherbenrecht dazu berechtigt[10]). Eine bloße Veränderung der Successionsordnung wird schon durch die Einwilligung der dabei betheiligten Agnaten, eine Erbverbrüderung schon durch die Zustimmung des Lehnsherrn gegen Anfechtungen gesichert[11]).

C. Ausübung der vasallitischen Rechte und Pflichten durch Stellvertreter.

1) Lehnsträger.

§. 129.

Der Vasall kann die für ihn aus dem Lehnsverhältniß entspringenden Rechte und Pflichten auch durch Bevollmächtigte (Substituten) ausüben, sofern nicht im einzelnen Falle eine persönliche Thätigkeit des Vasallen vorgeschrieben ist. Das Recht, den Vasallen zu vertreten, kann aber auch eine unabhängigere Natur haben, als ein bloßes Mandat zu geben vermöchte, es kann als besonderer Inhalt eines selbstständigen Rechts bestellt werden, so daß die Berechtigung zur Vornahme der durch das vasallitische Recht veranlaßten Handlungen nicht mehr in dem Willen des Vasallen begründet

---

9) II feud. 9 §. 3: „— judicare pro anima — nullius poterat curiae consuetudine.“

10) Die richtige Interpretation von I feud. 8 pr. s. bei Eichhorn §. 232, e. S. Goth. Mandat §. 79. 80. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 93. S. aber Bayer. Lehnsedict §. 132, 134, 136 und Pr. Landr. I, 18 §. 280 flg.

11) Vgl. die neusten Wahlcapitulat. I §. 9. (Vgl. unten §. 272.)

ist[1]) und die Vertretung desselben nach Außen nicht im Namen des Letzteren, sondern im eigenen Namen des dazu Berechtigten geschieht, welcher technisch Lehnsträger (provasallus) genannt wird. Gleichgültig dabei ist, ob der Lehnsträger durch den Willen des Vasallen, oder durch einen davon unabhängigen Anspruch, ob er für immer, oder in widerruflicher Weise zu dieser Stellung gerufen ist; aber immer können nur lehensfähige Personen Lehnsträger sein. Dieses dem longobardischen Rechte fremde Rechtsinstitut kennt schon das ältere deutsche Recht in mehrfachen Anwendungen[2]),

---

1) Dieser Gesichtspunct gründet sich besonders auf den Charakter der Lehnsträgerschaft, wie er von den Rechtsbüchern als bei weiblichen Vasallen vorkommend geschildert wird (Leihe zur Vormundschaft, Homeyer Lehnr. S. 352 flg.). Der Lehnsträger empfing hiernach selbst eine Investitur und ein Recht, welches die Rechtsbücher ebenfalls Gewere nennen; ebenso schwört er heutzutage nicht in die Seele des Vasallen, den er vertritt, sondern in seine eigene Seele. Vgl. Albrecht Gewere S. 232 flg. Anstatt dieser Auffassung begegnet man regelmäßig einer ganz unrichtigen, welche das Eigenthümliche der Lehnsträgerschaft dem Mandate gegenüber in die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der erstern vom Widerruf durch den Vasallen legt, während diese gar nichts Wesentliches zum Begriffe des Instituts ist. Veranlassung dazu hat wohl die Aehnlichkeit des prodominium gegeben.

2) S. Albrecht a. a. O. S. 234 flg. Eine sehr wichtige Rücksicht, welche die Bestellung von Lehnsträgern nothwendig machte, war die Unmöglichkeit, durch Dispensirung des relativ Unfähigen auch dessen Heerschildseigenschaft gegen dritte Personen hervorzubringen. Eine andere Rücksicht für den Vasallen selbst war die Folge an den andern Herrn, vgl. Sächs. Landr. 56 §. 1: „Ok mach die man gut untvan mit ener vrowen, so dat he si an deme gute vorsta und volge darmete an enen andern herren of ir herre sterve, dat ir der volge to stat, wende si des herscildes nicht ne hevet. Die man hevet den herscild und die gewere von der vrowen halven an dem gute; durch dat hevet he die volge daran." S. auch Sächs. Lehnr. 75 §. 1. (Noch mehr Rechte überträgt dem Lehnsträger das Schwäb. Lehnr. 100.)

und es hat sich in particularen Lehnrechten[3]) und besonders in der Observanz einzelner Lehnhöfe erhalten. — Die Bestellung eines Lehnsträgers hängt, wenn der Lehnsherr zustimmt, vom Belieben des Vasallen ab. Es giebt aber auch Fälle, in welchen sie vom Lehnsherrn gefordert werden kann, nämlich 1) bei einer Gesammtbelehnung, bei welcher ein (durch Wahl oder autonomische Bestimmung, besonders häufig durch Senoriatsordnung berufener) Agnat die gesammte Familie dem Lehnsherrn gegenüber vertritt[4]); 2) wenn eine juristische Person beliehen ist; hier wird der Lehnsträger von den Vertretern der erstern gewählt, sofern seine Bestimmung nicht schon durch die Verfassung gegeben ist, und er hat die besondere Bedeutung, daß das Aufhören seines Rechts (durch Tod oder Felonie) als ein zur Lehnserneuerung verpflichtender Fall angesehen wird[5]) (was auch bei dem Lehensträger für Mitbelehnte bisweilen in der Art stattfindet, daß der Abgang der übrigen Gesammtbelehnten keine Lehenserneuerung veranlaßt[6]); wenn Frauenzimmer, Geistliche oder sonst Lehnsunfähige[7]) und Unmündige (§. 130) im rechtlichen Besitze des Lehens sind. — Das Recht des Lehensträgers erlischt

3) Pr. Landr. I, 18 §. 49—52. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 48. Goth. Mand. §. 37—39. Badisches Edict §. 20.

4) Sächs. Lehnr. 8 §. 2: „Die herre mut wol sinen mannen mit ordelen gebeden die en gut von im hebbet, dat sie sik binnen ses weken besceiden, dat he wete up wen he sines dienstes se.“ — Kl. Kaiserr. 3, 29: „Wo lute sint dy sollen wissin, daz die gemeinen lehin, daz se dy eldesten han czu emphonde den andern allen nach des keysers rechte, daz se ez gewert sin; sind in des riches rechte stet geschrebin: daz ungeteylte gut mach der eldeste emphain von dem keyser.“ Homeyer Lehnr. S. 482. S. Struben rechtl. Bedenken I, 88 und Bülow und Hagemann Erört. 7, 113.

5) Chursächs. Lehnsmandat. Tit. I §. 12, Preuß. Rescr. v. 1701 bei Lünig C. J. F. II p. 924.

6) S. schon das Rigische Ritterrecht. Art. 5.

7) Albrecht a. a. O. S. 237—240.

stets durch Felonie[8]), durch welche jedoch das Lehn selbst dem Vasallen nicht entzogen wird, sondern nach Verhältniß der Sache ein neuer Lehnsträger zu bestellen ist.

3) Lehnsvormund.

§. 130.

Der Unmündige ist an und für sich vollkommen lehnsfähig, und bedarf zur Erfüllung seiner Lehnspflichten keiner anderen Vertretung als der eines gewöhnlichen Vormunds[1]), welcher außerhalb des Lehensverbandes stehend die für den Lehnsbesitz des Mündels erforderliche vormundschaftliche Mitwirkung in der Eigenschaft eines gewöhnlichen Lehenssubstituten leistet[2]). Dagegen ist in einigen Particularrechten[3]) eine Vertretung des Mündels durch einen von dem Allodialvormunde ganz unabhängigen Lehnsvormund vorgeschrieben,

---

8) Ein anderer Grund des Erlöschens der Lehensträgerschaft wird vom Sächs. Lehnrechte 56 §. 2 so ausgedrückt: „Stirft aver die vrowe von der he die gewere hevet an 'me gute, sin lenunge hevet ende, die he to vormundscap untving, ime ne si recht len oder gedinge dar an gelegen." Abgesehen hiervon erlischt das Recht des Lehnsträgers noch aus besonderen Gründen (z. B. Verlust der Magistratsstelle, mit welcher die Lehnsträgerschaft verbunden war), welche in der Besonderheit der Entstehung desselben liegen.

1) Bei dem Stillschweigen des longobardischen Lehnrechts ergiebt sich dieß auch als Resultat des gemeinen Rechts. S. Goth. Mandat §. 36. Bad. Edict §. 20 a. E. Bayr. Lehnsed. §. 137 (welches aber im §. 138 die eigentliche Lehensvormundschaft mit der Allodialvormundschaft verschmilzt). — S. jetzt Kraut Vormundsch. III S. 1 flg.

2) Dieser Standpunct wird nicht geändert, wenn für das Lehen ein Special-Allodialvormund bestellt wird. Die Verwechslung dieses mit dem eigentlichen Lehnsvormund hat die ganz unrichtige Darstellung Pfeiffer's Rechtslexikon Bd. 6 S. 643 erzeugt. — Ueber die Curatel eines Abwesenden s. Hagemann's Erörterungen Bd. 7, 111 u. 112.

3) So besonders die Chursächsische Vormundschaftsordnung von 1782. Cap. XXI. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 181—189. Ferner das Pr. Landr. II, 18 §. 967—1002.

dessen Stellung die eines wahren Lehnsträgers ist. Nur eine lehnsfähige Person kann Lehnsvormund sein; seine Bestellung geschieht durch die Lehnscurie. Er ist von der Verwaltung des Lehens, als fruchttragender Sache, welche allein dem Allodialvormund gebührt, ausgeschlossen, dagegen zur Vornahme derjenigen Verwaltungshandlungen berechtigt, welche durch die mit dem Lehen verbundene Guts- und Gerichtsherrschaft und das Patronat veranlaßt werden, sowie zur Theilnahme an den auf die Substanz des Lehens gerichteten Verfügungen. Vor Allem aber ist er verpflichtet, den unmündigen Vasallen dem Lehnsherrn und der Lehenscurie gegenüber zu vertreten und die aus der persönlichen Seite des Lehensverhältnisses entspringenden Pflichten zu erfüllen[4]). Die neueren Particularrechte, in welchen dieses Institut begründet ist, lassen die Lehensvormundschaft zugleich mit der gewöhnlichen Vormundschaft aufhören[5]).

Die juristische Bedeutung dieses besonderen Lehnsvormunds ergiebt sich aus seinem Zusammenhange mit einem schon im sechzehnten Jahrhundert außer Uebung gekommenen Institute des älteren Rechts, dem s. g. Angefälle. Obschon nämlich der Unmündige (d. h. der noch nicht zwölf Jahr alte Vasall, von welcher Zeit an noch die Muthungsfrist von Jahr und Tag lief[6])) zum Lehnsempfang befähigt war[7]), so fiel

4) Dahin gehört besonders die Pflicht der Lehnserneuerung s. §. 122 Not. 8.

5) Der Umstand, daß der unmündige Vasall mit dem achtzehnten Jahre den Lehnseid leistet, hat auf die Lehnsvormundschaft keinen Einfluß, wohl aber die erlangte venia aetatis.

6) Darüber, daß die zu den 12 Jahren hinzukommende Frist von Jahr und Tag nur Sinnungsfrist sei, vgl. Homeyer Lehnr. S. 478 flg. (Erklärung von Sächs. Lehnr. 26 §. 1 verglichen mit Auct. Vetus I. 65). Andere bestimmen die Zeit der Mündigkeit auf 13 Jahre 6 Wochen 3 Tage.

7) Sächs. Lehnr. 26 §. 5. Kraut Vormundschaft I S. 121.

doch der Besitz und Genuß des Lehens bis zum Eintritt der Mündigkeit an den Herrn zurück (Angefälle[8])), welcher daher[9]) auch als Lehensträger (Lehensvormund) des Kindes auftrat. Der Herr konnte das Angefälle selbst genießen[10]), er konnte es aber auch an Andere verleihen[11]), welche damit zugleich Lehnsvormünder wurden. Dieß Letztere hat sich in der oben dargestellten Weise nach dem Verschwinden des Angefälle erhalten[12]).

VI. Rechtsverhältnisse der Lehnspersonen gegen Fremde.

1) Gegen die Allodialberechtigten (Lehenssonderung).

§. 131.

Es giebt Fälle, in denen Jemand Ansprüche auf das Allodialvermögen eines Vasallen in demselben Zeitpuncte erhebt, in welchem von anderen Personen das Lehnsvermögen desselben gefordert wird. Dieß findet Statt, 1) wenn der Lehnsfolger, welcher zur Zeit das Lehn empfängt, entweder gar keine oder nur theilweise Erbansprüche an die Allodialerbschaft des früheren Vasallen hat; 2) wenn das Lehen an

---

8) Sächs. Lehnr. 26 §. 2: „— Die herre is immer des kindes vormünde an deme gute dat it kint von ime hevet, di wile he it anevelle unverlegen hevet, unde sal dat gelt des gutes nemen, wente it kint to sinen jaren kome. — §. 7: (Anevelle) nimt ok ende, svenne dat belente kint stirft, oder to sinen jaren kumt.“ S. Homeyer a. a. O. S. 485 flg.

9) Vgl. Homeyer S. 489.

10) Sächs. Lehnrecht 26 §. 6.

11) Sächs. Lehnr. 26 §. 2. Vet. Auct. I, 72. Besonders häufig mochte es dem rechten Vormunde geliehen werden, wo dann gewöhnliche Vormundschaft mit Lehensvormundschaft zusammenfiel. Siehe die interessante Stelle bei Eichhorn Einl. §. 225 Not. i. Ueber die Stellung des Allodialvormunds zum Lehen vgl. Sächs. Landr. I, 23 (dazu Kraut die Vormundschaft Bd. 2 (1847) S. 58 flg.).

12) Albrecht Gewere S. 244.

den Lehnsherrn oder einen Eventualbelehnten fällt; 3) wenn die Concursgläubiger des Vasallen eine Trennung des Lehens verlangen. Es entsteht hieraus eine Berührung der Allodialberechtigten mit den Lehnspersonen, welche an sich keinen aus dem Wesen des Lehens entspringenden rechtlichen Charakter hat, da es sich nur um eine Sonderung der beiderseitigen Vermögenstheile handelt. Diese selbst aber kann nicht auf bloß mechanischem Wege bewirkt werden, indem die Getrenntheit des Allodialvermögens vom Lehn zwar wohl rechtlich, aber nicht immer auch factisch vorhanden ist; daher kann die Lehnssonderung, soweit jene mechanische Lösung unmöglich ist, nur mit Hülfe von Obligationen vermittelt werden [1]). Obschon die Lehnssonderung kein der Wirksamkeit des Lehnsgerichts anheimfallender Act ist, so ist doch der Lehnsherr als Eigenthümer des auszuscheidenden Theils jederzeit zur Theilnahme berechtigt.

Gegenstand der Absonderung ist zunächst das Lehen und seine Pertinenzen, wie sein Umfang zur Zeit der Verleihung war [2]); dazu gehören auch die vom Vasallen aus eigenem Vermögen mit der Absicht hinzugefügten Pertinenzen, daß sie immer bei dem Lehngute verbleiben sollten [3]), sowie die demselben erworbenen Rechte, welche durch Ablösung vom Hauptgute erlöschen würden [4]). Sowohl für die letzteren Gegenstände, als für wirkliche mit einer die regelmäßige Erhaltungspflicht übersteigenden Aufopferung gemachte [5]) Verbesserungen

1) S. besonders Hagemann's Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 399 flg. Dessen praktische Erörterungen Bd. 3 Nr. 17. Pr. Landr. I, 18 §. 506—601. Zachariä Sächs. R. §. 210 flg. Bayr. Edict §. 171—180, Goth. Mandat §. 83—93, Badisches Edict §. 36.

2) S. §. 106 Not. 7.

3) Diese Absicht kann sich auch in einem Lehensauftrag äußern.

4) Dahin gehören namentlich Servituten s. I feud. 8 §. 1. Ferner Jagd- und Braugerechtigkeiten und dergleichen Gerechtsame.

5) Es ist keine zu vergütende Melioration die Wiedereinlösung einer

des Lehnguts, sofern sie nicht bloß ein Vergnügen oder Specialinteresse des bisherigen Besitzers befriedigten, und andererseits nicht in das Bereich der Nachstiftungen (s. §. 132. 133) fallen, haben die Allodialberechtigten Ersatz nach Maßgabe des zur Zeit der Sonderung herausgestellten Werths zu fordern[6]; bei Verbesserungen, welchen jene Eigenschaften abgehen, wird nur ein Recht der Wegnahme gestattet[7]). Dagegen gehört zum Lehensvermögen auch die Forderung auf Schadensersatz gegen die Allodialinteressenten wegen der durch böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit des letzten Vasallen entstandenen Deteriorationen[8]). — Alle zur Zeit der Lehenssonderung schon separirten Früchte gehören zum Allod; für die Beurtheilung des Rechts an den noch nicht separirten s. g. Industrialfrüchten läßt das deutsche Recht den Umstand entscheiden, ob zur Zeit der Lehenssonderung die zur Gewinnung derselben nothwendige Arbeit gethan ist, in welchem Falle sie den Land-

---

vom Lehnsbesitzer selbst gemachten Lehensverpfändung, oder die Durchführung eines Processes, dessen Gewinn die aufgewandten Kosten schon gedeckt hat. Ueberhaupt ist keine Melioration eine Ausgabe für die regelmäßige Erhaltung sowie für Reparaturen, die regelmäßig wiederkehren, und für Kosten, die den Fruchtgenuß betreffen; Alles dieß muß der Besitzer aus eigenen Mitteln bestreiten. S. Gerber in der unten §. 132 N. 1 cit. Abhandl. §. 6.

6) II feud. 28 §. 2: „Si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculo decedat, dominus aut patiatur aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis. Idem dico, si pretio servitutem feudo acquirat. Quidam alii dicunt, aedificium omnino ad dominum pertinere.“ Diese letztere Ansicht scheint auch das deutsche Recht, Sachsensp. Landr. II, 21 §. 2—4 zu theilen. Homeyer Lehnrecht S. 524. S. über die Arten der Meliorationen und deren Abschätzung Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 404—408.

7) Es entscheiden hier überhaupt die Grundsätze des römischen Rechts über Impensenersatz. S. Gerber a. a. O.

8) Hagemann a. a. O. §. 410.

erben zufallen[9]), das longobardische Recht dagegen gewährt, wenn der Fall der Lehenssonderung zwischen den ersten März und den ersten September fällt, den Allodialberechtigten alle bis zu dem letzteren Termin gezogenen Früchte, außerdem die Früchte des ganzen Jahrs dem Lehnsfolger (Lehnsherrn[10])), welche Entscheidung durch neuere Particularrechte der Zeit des deutschen Wirthschaftsjahrs angepaßt worden ist[11]). Nach denselben Regeln sind die Civilfrüchte zu beurtheilen, welche ein Aequivalent der natürlichen sein sollen; die an bestimmten Terminen fälligen dagegen gehören dem Allod nur für diejenigen Termine zu, welche vor der Zeit der Veranlassung der Lehnssonderung eingetreten sind, und die von Augenblick zu Augenblick fälligen bis zu der Zeit, in welcher jener Fall stattfand[12]).

---

9) S. namentlich Sachsensp. Landrecht II. 58. Particularrechte (Goth. Mandat §. 87, 88, Zachariä Sächs. Lehnr. §. 216) lassen für den Zeitpunct, in welchem die Separation der Früchte und die gethane Arbeit nicht mehr für das Allod, sondern für das Lehnsvermögen wirkt, nicht den die Lehenssonderung veranlassenden Fall, z. B. Tod des Vasallen, sondern den 30. Tag nach dem Tode entscheiden; sie stützen sich dabei auf Sachsensp. Landr. I, 22 und III, 15, welche Stellen jedoch dieß nicht ausdrücklich aussprechen.

10) II feud. 28 §. 3: „Quodsi vasallus decedat sine herede masculo, et contingat, feudum ad dominum reverti, sic distinguitur: quod si ante Martium, omnes fructus illius anni, ex feudo provenientes, ad dominum pertinebunt: si vero post Calendas Martii usque ad Augustum, omnes fructus, qui interim percipiuntur, ad heredes vasalli pertineant. Si vero post Augustum, omnes fructus anni percipiet dominus. Quidam tamen dicunt, quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.“ S. auch Heimbach die Lehre von der Frucht S. 295.

11) Hagemann a. a. O. S. 718 Not. 1.

12) Hagemann §. 412. Ueber den Begriff des verdienten Guts und die Zeitpuncte des Verdienens (Sachsensp. Landr. II. 58 §. 2) s. Heimbach a. a. O. S. 288 flg.

2) Gegen die Gläubiger (Lehensschulden)[1]).

§. 132.

Die Schuldverhältnisse eines Vasallen werden im Allgemeinen durch den Besitz eines Lehens in ihrer regelmäßigen Wirksamkeit nicht berührt; nur die wirklichen Erben des Vasallen treten nach dessen Tode in dieselben ein. Es giebt aber Forderungen, deren Entstehungsgrund allein in der besonderen Rechtssphäre liegt, welche durch das Lehensverhältniß erzeugt wird; die daraus entspringenden Verpflichtungen überträgt das Recht nur auf Diejenigen, auf welche das vasallitische Recht übergeht, wenn sie auch nicht die gesammte Persönlichkeit eines Vasallen nach dessen Tode übernehmen[2]).

---

1) S. Zachariä Handb. d. Sächs. Lehnr. §. 190—209. Gothaisches Mandat §. 95—155. Bayrisches Edict §. 144—170. Badisches Edict §. 32. Pr. Landr. I, 18 §. 228—260 (mit Verweisung auf die Provinzialrechte). Steinacker Braunschw. Privatr. §. 257. Grefe Hannoversches Privatr. 2. Theil S. 182 flg. — Eine Kritik der ganzen Lehre von den Lehnsschulden nebst einer neuen Construction derselben enthält die Abhandlung (über Lehns- und Familienfideicommißschulden) von Gerber in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11 (1854) S. 183 flg. Daselbst ist auch das Wichtigste der älteren Literatur angeführt. Roth (mecklenburgisches Lehnrecht S. 263 N. 55) tadelt meine Darstellung, weil sie ohne Rücksicht auf die dogmengeschichtliche Entwicklung allen bisherigen Ansichten eine neue substituire. In der That aber kann doch Niemand behaupten, daß eine Ausführung, welche die bisherigen Dogmen kritisirt und unrichtig findet, auf die bisherige dogmengeschichtliche Entwicklung keine Rücksicht nehme; und schwerlich wird es auch mit Recht vom Standpuncte der Wissenschaft aus getadelt werden können, wenn man gegenüber einer langen Reihe unrichtiger Dogmen eine neue Ansicht zu begründen versucht. — Ueber die Einwendungen Meibom's in Bekker' und Muther's Jahrbuch Bd. 4 S. 465 flg. s. Gerber in s. u. Jhering's Jahrbüchern Bd. 6 S. 281 flg.

2) Die Lehnsverhältnisse bilden eine besondere Rechtssphäre, in welche der Lehnsfolger durch das successive Erbrecht eintritt. S. unten §. 266 und 273.

Die mit dieser Wirksamkeit versehenen Schulden heißen technisch Lehnsschulden.

In der bisherigen Lehre herrschte sowohl über die Natur, als über die verschiedenen Arten der Lehnsschulden eine große Unklarheit und Verwirrung. Man ging von dem falschen Gesichtspuncte aus, daß dahin Alles zu rechnen sei, was dem Vasallen als solchem zu bezahlen oder zu leisten obliege, und brachte dann die hierdurch zusammengefaßten Verhältnisse in ein systematisches Netz und unter gemeinsame Regeln. Man übersah, daß man völlig heterogene Gegenstände vereinigte, für welche ein allgemeiner Gesichtspunct überall nicht gewonnen werden konnte, und daß ihre systematische Verbindung nur eine täuschende Fiction war.

In der Regel rechnete man zu den Lehnsschulden 1) die Verpflichtung des Lehnsfolgers, die wegen Gebrechlichkeit ausgeschlossenen Agnaten, die hinterlassenen Vasallentöchter und Wittwen zu alimentiren, 2) die Kur- und Beerdigungskosten des verstorbenen Vasallen zu tragen. 3) Schulden, zu denen die Lehensfolger consentirten. 4) Diejenigen, welche auf einer versio in rem beruhen, namentlich Schulden, welche der erste Vasall zur Errichtung des Lehens, oder solche, welche ein Besitzer zu außerordentlichen Verbesserungen desselben contrahirt hat. Diese versio in rem konnte man sich nun so denken, daß dadurch alle Lehnsfolger, oder so, daß nur einige verpflichtet würden, z. B. bei einer Schuld, welche aufgenommen wurde, um einen näher berechtigten Agnaten zu Gunsten eines entfernteren abzufinden.

Je nach der Verschiedenheit der Wirksamkeit dieser Obligationsgründe unterschied man dann absolute und respective (jene verpflichten alle, diese nur einzelne Lehnsfolger), nothwendige und subsidiäre Lehnsschulden (bei jenen kann das Lehen sogleich, bei diesen erst dann, wenn kein

Allod vorhanden ist, angegriffen werden). Die gemeinsame Klage für alle diese Schuldverhältnisse bezeichnete man als eine actio in rem scripta gegen den besitzenden Vasallen. Eine Execution gegen die Substanz des Lehens selbst wurde aber nur dann zugelassen, wenn der Lehnsherr consentirt hatte und eine absolute Schuld vorlag. In den übrigen Fällen sollten nur die Lehnsfrüchte so lange, als verpflichtete Vasallen im Besitze seien, in Anspruch genommen werden können.

Allein einmal gehören die Nr. 1 und 2 genannten Fälle gar nicht hierher (s. §. 125, 7); sodann sind die unter Nr. 3 genannten s. g. consentirten Lehnsschulden eine unrichtige Fiction, zu der man lediglich durch den theoretischen Gegensatz der s. g. legalen (d. h. auf einem Rechtssatze beruhenden) veranlaßt wurde. Endlich ist das Hauptprincip, die versio in rem (Nr. 4), völlig zu verwerfen; denn einestheils hat es keinen anderen Ursprung als die frühere unrichtige Lehre der Civilisten über die Allgemeinheit dieses Obligationsgrundes, anderentheils ist es unmöglich, aus ihm ein Resultat von einiger Bestimmtheit abzuleiten. — Daher ist diese ganze Lehre aufzugeben.

§. 133.

Wahre Lehnsschulden können nur die genannt werden, welche auf die Lehnsfolger vermöge ihres Lehnserbrechts übertragen werden[1]. Dahin gehören 1) Schulden, welche der erste Erwerber des Lehns im unmittelbaren Zusammenhange mit der Entstehung und Begründung desselben in der Absicht contrahirt, daß sie nur auf die Lehnsfolger übergehen sollen, und in der Art, daß die Gläubiger ausdrücklich diese Beschränkung der Forderung anerkannt

1) Früher verwechselte man häufig mit diesem Uebergang der obligatio die Wirkung, welche eine gültige Lehnsverpfändung auf die Nachfolger habe. Hiervon ist an dieser Stelle nicht die Rede.

haben. Eine solche Schuld bildet einen Theil des vom ersten Erwerber gestifteten Lehensvermögens. 2) Schulden, welche auf einer Nachstiftung späterer Lehnsbesitzer beruhen. Jeder Besitzer hat nämlich nach dem Geiste der von seinen Vorfahren gegründeten Lehngutsstiftung das Recht und die Pflicht, in außerordentlichen Fällen zur Erhaltung des Lehens[2]) eine Schuld mit der Wirkung zu contrahiren, daß sie ebenfalls einen Theil des auf die Nachfolger übergehenden Lehensvermögens bildet und die Lehnsfolger als solche bindet — ebenfalls vorausgesetzt, daß die Gläubiger mit diesem Gange ihrer Forderung einverstanden sind.

In diesen beiden Fällen ist es übrigens ganz einerlei, ob ein Dritter, oder der die Schuld begründende Vasall selbst mit seinem Allodialvermögen Lehnsgläubiger wird[3]). Die Schuld wird auf die Lehnsfolger vermöge ihres successiven Erbrechts übertragen[4]); die Klage gegen sie ist also die gewöhnliche, der Natur des fraglichen Obligationsgrunds entsprechende Schuldklage. Die Execution geht nur gegen das Lehen, nicht gegen das Allodialvermögen; zu einer Veräußerung der Substanz des ersteren bedarf es aber immer des Consenses des Lehnsherrn. Auf den Erwerber des Lehnguts,

---

2) Welche materiellen Fälle die Voraussetzung einer solchen gerechtfertigten Nachstiftung sind, läßt sich nicht allgemein in einem Princip aussprechen, und ist quaestio facti. Jedenfalls ist die doppelte Abgränzung gegen bloße Impensen und anderntheils gegen die Auslagen, welche der Vasall aus eigenen Mitteln machen muß, im Auge zu behalten. S. oben §. 131 N. 5 und Gerber a. a. O. §. 6 a. E. Namentlich gehört aber hierher der Fall, wenn ein Vasall eine wirkliche Lehnsschuld bezahlt.

3) Jedoch ist in einem solchen Falle das Vorhandensein einer bestimmten Willenserklärung nothwendig, welche die Absicht ausspricht, Lehnsgläubiger zu werden.

4) Daher haften sie auch für die Zinsrückstände der Vorfahren, natürlich vorbehältlich des Regresses.

der kein Lehnserbe des die Schuld begründenden Vasallen ist (z. B. Käufer), geht die letztere ebensowenig über, als auf den Lehnsherrn. — Dieser ganze Charakter der Lehnsschuld erklärt sich daraus, daß das Lehnrecht die Möglichkeit eines Zusammentreffens zweier Persönlichkeiten in einem Subjecte zuläßt, der Lehns- und Allodialpersönlichkeit (s. §. 266)[5]).

Welche Wirkung endlich der bei der Contrahirung einer Schuld eingeholte Consens der Lehnsfolger habe, läßt sich im Allgemeinen durchaus nicht bestimmen, da der Inhalt desselben sehr mannichfaltig sein kann und für keine der vorhandenen Möglichkeiten eine Vermuthung existirt[6]). In den Fällen endlich, welche man bisher als Fälle der respectiven Lehnsschulden bezeichnete, liegt entweder überhaupt kein Verpflichtungsgrund der Nachfolger als solcher vor, oder doch nur eine gewöhnliche Allodialschuld[7]).

§. 133b.

Die Verpflichtung zur Zahlung einer Summe, welche als Abfindung oder Entschädigung eines Lehnsfolgers, oder

5) Merkwürdig ist die Stelle des römischen Rechts, die eine ähnliche Construction enthält, L 17 Dig. 29, 1: si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi *duorum hominum duas hereditates intelligi*, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. — Bei einem Concurs des Vasallen tritt eine Separation der Allodial- und Lehnsgläubiger ein. Zu erwähnen ist noch das dem Vasallen durch die Praxis eingeräumte beneficium competentiae. Hagemann pract. Erört. Bd. 6 Nr. 5.

6) Der Consens kann unter Anderem bedeuten: Zustimmung zur Veräußerung, zur Verpfändung des Lehnguts (da ist gar keine), Bürgschaft (da ist nur eine Allodialschuld der Consentirenden vorhanden). Es kann aber auch künstlich eine Lehnsschuld so geschaffen werden. Gerber a. a. O. §. 7.

7) Gerber a. a. O. §. 8.

als Surrogat für ein mit Zustimmung der Lehnsfolger veräußertes oder allodificirtes Lehen gilt, wird nach den allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts beurtheilt. Eigenthümlich ist dabei nur die regelmäßig vorkommende Verabredung der zur Forderung dieser Summe (welche Lehensstamm[1]) genannt wird) Berechtigten, daß sie entweder auf dem Lehen haften und den Charakter eines Rentenlehens erhalten solle, oder daß sie trotz ihrer Eigenschaft als Allod wenigstens in Betreff der Succession und Veräußerung eine mit lehnrechtlichen Wirkungen versehene fideicommissarische Natur empfangen solle[2]). Zu dieser Art von Schulden gehört auch die auf besonderer Uebereinkunft (Revers) beruhende Verpflichtung des Lehnsbesitzers, bei einer etwaigen Disposition über das Lehen, oder der Allodialerben, bei einer an sie geschehenen Abtretung des Lehens, eine bestimmte Entschädigungssumme an die ausgeschlossenen Mitbelehnten (Lehnsquantum) zu zahlen[3]).

---

1) Weber Handbuch Th. II S. 482 flg. Puettmann observ. jur. feud. p. 91. Die Art und Bedeutung solcher Capitalien ist nach der Verschiedenheit der factischen Verhältnisse und der Verabredung der Parteien verschieden. Auch sind die darüber bestehenden Bestimmungen der Particularrechte (Kursächs. Lehnsmandat I, 14, Erläut. Sächs. Proceßordn. 40 §. 3 flg. Goth. Mandat §. 214. 216. Pr. Landr. a. a. O. §. 605—612) aus verschiedenen Principien hergeleitet. Daher kommen die Abweichungen der Schriftsteller. S. Pfeiffer Rechtslexicon Bd. 6 S. 492 flg.

2) Da, wo particularrechtlich auch ein s. g. Geldlehen, d. h. das Lehen an einem verzinslichen Capital gilt, kann auch durch hinzukommende Oblation an einen Lehnsherrn der Lehnsstamm die Natur eines Geldlehens erhalten.

3) S. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 174—180. (Davon verschieden sind die s. g. Reversgelder, d. h. eine Summe, welche die Mitbelehnten den Allodialerben des gegenwärtigen Lehnsbesitzers für den Fall versprochen haben, daß jene das Lehen erhalten. Eckhardt de constituto feudali vulgo Reversgelder u. s. w. 1784.) Das Lehnsquantum kann im Concurse vindicirt werden, s. Zachariä a. a. O.

VII. Beendigung des Lehensverhältnisses.

1) Für alle Lehenspersonen.

§. 134.

Das Lehnsverhältniß erlischt durch gänzlichen Untergang der Sache, durch Auflösung des widerruflichen lehnsherrlichen Rechts[1]), durch gültige Veräußerung des Lehns an einen Dritten als Allod, und durch gewöhnliche Eigenthumsersitzung eines Dritten am Lehen[2]). Treffen diese Aufhebungsgründe nur einen Theil des Lehns, so dauert das Lehnsverhältniß in dem übrigen Theile fort.

2) Beendigung der Rechte des Vasallen (Consolidation).

§. 135.

Die Consolidation des Lehnrechts mit dem lehnsherrlichen Eigenthum[1]) geschieht nicht immer mit einer definitiven

---

1) Anders ist es beim Afterlehen; s. §. 128.

2) Eichhorn Einl. §. 238 u. A. wollen hier nur den Schutz gelten lassen, den die Berufung auf unvordenklichen Besitz des Lehens als Allod gewährt, weil die Vindication des Lehnsherrn unverjährbar sei. Allein einerseits ist diese Unverjährbarkeit nur für einen besonderen Fall, nämlich die unerlaubte Veräußerung des Lehens als Lehen festgesetzt, andererseits ist die Ausschließung der Extinctivverjährung keine Ausschließung der Ersitzung (s. Hagemann pract. Erört. Bd. 7 Nr. 125) des Eigenthums gegenüber dem Lehnsherrn, der nur ein gewöhnlicher Eigenthümer ist.

1) Die Wiedervereinigung des Lehnrechts mit dem Rechte des Lehnsherrn stellt dasselbe in der Gestalt wieder her, welche es vor der Ablösung des vasallitischen Rechts hatte; diese kann aber sowohl volles freies Eigenthum, als auch Fideicommiß- und Stammgutseigenthum oder selbst nur eine lehnrechtliche Befugniß gewesen sein. Die Wirkung der Consolidation, welche regelmäßig ipso jure mit dem Eintreten ihrer Veranlassung stattfindet (nur bei den meisten Fällen der Felonie ein darauf gerichtetes lehnsgerichtliches Erkenntniß voraussetzt), tritt äußer-

Aufhebung des Lehnsverbandes, indem manche Gründe der Apertur (d. h. des Heimfalls an den Herrn) nur gegen einzelne bestimmte Vasallen wirken, während die Rechte der späteren Lehnsfolger oder Mitbelehnten dadurch nicht berührt werden [2]); sie wird ganz verhindert durch das Vorhandensein einer Eventualbelehnung oder Subinfeudation [3]). Die Fälle der Apertur sind folgende: 1) Widerruf oder Eintritt des Zeitpuncts, welcher nach dem Investiturvertrage die Auflösung des Lehnrechts bestimmt bei wiedergeblichen, Tag- und Personallehen [4]). 2) Absterben aller Descendenten des ersten Erwerbers und Mitbelehnten [5]), sowie die Auflösung einer beliehenen juristischen Person. 3) Refutation oder Veräußerung des Lehns an den Herrn, welche dem Vasallen stets frei steht, aber nur gegen ihn und seine Descendenz, nicht auch gegen die nichteinwilligenden Agnaten wirkt [6]). 4) Eine Consolidation durch Ersitzung des vasallitischen Rechts vom Lehnsherrn würde nur eine temporäre sein, da die aus der Investitur hervorgehende Lehnsklage gegen den Herrn den Agnaten erst vom Augenblick ihrer Succession an zusteht. Ebenso wenig würde in einem solchen Falle die Fortdauer der Consolidation durch Berufung auf unvordenkliche Zeit geschützt werden können. 5) Felonie und Quasifelonie des Vasallen (§. 136).

---

lich hervor in dem Vindicationsrechte des Lehnsherrn gegen Alle, welche auf Grund des Lehnrechts den Besitz der Sache vorenthalten.

2) II feud. 31.

3) Eine bloße Exspectanzertheilung hat nur die Wirkung einer obligatio auf Wiederverleihung. Dasselbe findet statt in dem Falle von §. 118 Note 14.

4) Vgl. §. 117.

5) I feud. 18 §. 1. II feud. 9 pr. Sächs. Lehr. 6 §. 2, 55. §. 2.

6) II feud. 14. 38. 45. 49. Sächs. Lehnr. 39 §. 2. (S. Homeyer Lehnr. S. 499 flg.) Goldene Bulle XIV §. 1.

§. 136.

Die Felonie[1]), durch welche der Vasall das Lehen an den Herrn verwirkt, ist ein von den Gesetzen mit dieser Wirkung bestimmter Treubruch, oder überhaupt eine gegen den Herrn gerichtete Handlung, welcher eine gleiche Folge beigemessen ist. Die in den longobardischen Lehnrechtsbüchern gegebene Casuistik der Felonie[2]) wird durch sie selbst nicht als erschöpfend bezeichnet, sondern es wird dem Ermessen des Richters die Entziehung des Lehns auch bei andern Handlungen anheim gestellt[3]); dasselbe Ermessen wird aber

---

1) S. I feud. 5. 17. II feud. 23. 24. 57. Sachsensp. Lehnr. III, 84 §. 2. Sächs. Lehnr. 8 §. 2, 42 §. 1, 50 §. 1, 14 §. 2 u. 4. Landr. d. Sachsensp. I, 40. Richtst. Lehnr. 11. S. Homeyer Lehnr. S. 505—512.

2) I feud. 5 pr.: „— Si vasallus dominum assalierit, vel castrum domini, sciens dominum vel dominam ibi esse; item si fratrem suum occiderit vel nepotem, id est filium fratris; aut si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit, amissione feudi multabitur. His omnibus casibus feudum ad dominum revertitur."

3) II feud. 23 pr.: „— Cogis me, ut causas, quibus beneficium amittitur, — tibi significarem. — Paucis explicabo, dummodo memineris, causas illas sub aliqua certa regula aut definitione rotunda non posse comprehendi. — Si quis enim — dixerit, quae causae quemadmodum alicui domino ad ingratitudinem alicujus vasalli probandam possint sufficere, nullo certo modo posse definiri, nihil erraverit. De illa tamen ingratitudine loquor, per quam beneficium amittatur. Non enim ad hoc sufficit omnis occasio, per quam fidelis accepti beneficii videtur ingratus; sed sunt quaedam (ut ita dixerim) egregiae ingratitudinis causae, quibus beneficium secundum mores curiarum solet adimi." II feud. 24 §. 9: „Praedictis modis beneficium adimi, tam naturalis quam civilis ratio suadet; quae potest colligi, si quis novam constitutionem justas exheredationis causas enumerantem, et alias constitutiones veteres, justas ingratitudinis et repudii causas, quibus matrimonia recte contracta solvuntur, et donationes jure perfectae revocantur, subtiliter scrutatus fuerit. Sed quia natura novas deproperat edere formas, potest multis modis contingere, ut aliae emergant causae, quibus videatur

heutzutage unter Berücksichtigung der veränderten Natur des Lehnsverhältnisses nicht einmal in allen ausdrücklich genannten Fällen[4]) der Felonie diese Wirkung eintreten lassen, und Particularrechte haben jene Veränderungen durch ausdrückliche Bestimmungen anerkannt[5]). Eine wirkliche Felonie liegt aber in der Regel nur in der einer solchen Handlung inwohnenden lehnswidrigen Absicht, weshalb eine bloß culpose Uebertretung jener Vorschriften die Entziehung des Lehns nicht zur Folge hat[6]). Diese setzt aber vollendete, nicht bloß versuchte Felonie voraus[7]), und ein vom Lehnshofe dahin ausgesprochenes Urtheil[8]). Die Consolidation des Lehens wirkt je-

---

juste adimi posse feudum: ideoque judex solers et discretus, et aequitati obsecundare sollicitus, cuncta subtiliter dispensans, provideat, si qua fuerit antiquioribus causis similis, seu major, ut proinde sciat, utrum beneficium sit amittendum an nihilominus retinendum."

4) Solche sind 1) Verletzung der Treue, als Lebensnachstellungen gegen den Herrn, II. feud. 24 §. 5, Nichtanzeige einer Gefahr, II feud. 24 §. 3, Nichtbefreiung aus solcher, II feud. 24 §. 8, 28 §. 1, Verrath und Verlassen des Herrn in der Schlacht, I feud. 5. 17. II feud. 24 §. 2. 57, Anklage und Zeugniß gegen den Herrn, II feud. 24 §. 8. II feud. 33 Gewaltthätigkeit und Beleidigung des Herrn, II feud. 24 §. 5. 57, Verrathen seiner Geheimnisse, I feud. 17, Cucurbitation, I feud. 5 §. 1, Nichtleistung der Lehendienste und des Lehenseides, Nichtanerkennung der Lehnsgerichtsbarkeit, II feud. 24 §. 1, 6, 7, 15 §. 1, Unterlassung der Lehnserneuerung, II feud. 55 pr. — 2) Vergehen in Bezug auf die Sache, als Mißbrauch des Lehens, II feud. 27, verbotene Veräußerung, II feud. 55, dolose Abläugnung der Lehnseigenschaft, II feud. 26 §. 4.

5) Pr. Landr. I, 48 §. 146—165 und 614—642. Goth. Mandat §. 48. Bayer. Edict §. 182—189.

6) II feud. 24 §. 3 enthält eine Ausnahme. Die Nothwendigkeit des dolus liegt schon in der Bezeichnung ingratitudo ausgesprochen. S. auch Ortloff Grundzüge S. 386 über die neueren Particularrechte.

7) II feud. 51 §. 2.

8) I feud. 21: „Sancimus ut nemo miles sine cognita culpa beneficium suum amittat, si ex culpis iis vel causis convictus non fuerit,

doch nur so lange, als der schuldige Vasall (oder Provasall) und seine Descendenten leben [9]), und gegen letztere nur dann, wenn die Klage noch bei Lebzeiten des Schuldigen angestellt wird [10]). Für geringere Vergehen, bei welchen neuere Particularrechte den Verlust des Lehens nicht eintreten lassen, gestatten sie mit Berücksichtigung des ältern deutschen Rechts die Auflegung einer Geldbuße [11]).

Eine Consolidation kann auch eintreten bei denjenigen Vergehen des Vasallen, welche man mit dem Namen Quasifelonie bezeichnet, nämlich dem Parricidium [12]), dem Verrath an Mitvasallen [13]) und ehrlos machenden Verbrechen [14]); sie tritt jedoch hier nur dann ein, wenn weder Lehnsagnaten noch lehnsfähige Descendenten des Verbrechers vorhanden sind, auf welche sofort das Lehnrecht übergehen würde [15]).

---

quas milites usi sunt nominare, quando fidelitatem faciunt dominis suis, vel per laudamentum parium suorum; vel si dominis suis deservire noluerint, tunc condictio causa data proponitur ad repetendum feudum, ex quo non servit domino —.“ Nur bei der verbotenen Veräußerung tritt der Verlust ipso facto ein, II feud. 55. — Unter den neuern Particularrechten läßt nur das Badische Edict §. 34 den Verlust des Lehns ipso facto bei den Lehnsfehlern eintreten.

9) II feud. 26 §. 18: „Si vasallus culpam committat, propter quam feudum amittere debeat, neque filius neque ejus descendentes ad id feudum vocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos pertineat.“

10) Als actio vindictam spirans. Sie ist eine Delictsklage.

11) S. Homeyer Lehnr. S. 569 flg. und Not. 5.

12) I feud. 5. II feud. 24 §. 11.

13) II feud. 37.

14) Richtst. Lehnr. 11, Sachsensp. Landr. I, 40.

15) II feud. 24 §. 11: „Saepe quaesitum est, vasallo propter justam culpam a feudo cadente, utrum ad dominum an ad successorem vasalli beneficium pertineat. Sed haec distinctio tam ratione quam moribus comprobata est, ut si quidem vasallus ita in dominum peccaverit, ut feudum amittere debeat, non ad proximos, sed ad dominum beneficium revertatur, ut hanc saltem habeat suae in-

3) Uebergang der Rechte des Lehnsherrn an den Vasallen (Appropriation).

§. 137.

Das Recht des Vasallen hat keine Hinneigung, sich das Eigenthum des Herrn beizufügen; dieß ist nur der Fall bei dem Rechte des Lehnsherrn, welches danach strebt, die durch Abtrennung seines materiellen Gehalts entstandene Beschränkung aufzuheben. Eine Appropriation tritt daher beim Absterben der lehnsherrlichen Familie für den Vasallen ebenso wenig ein, als für den Inhaber irgend eines andern dinglichen Rechts an einer fremden Sache, wenn diese erblos hinterlassen ist[1]). Sie kann daher nur durch eine Eigenthumsübertragung an den Vasallen (Allodification[2])), oder

---

juriae ultionem. Si vero non in dominum, sed alias graviter deliquerit, vel grave quid commiserit, sicut ille qui fratrem suum interfecerit, vel aliud grave crimen (quod parricidii appellatione continetur) commiserit, feudum amittit, et non ad dominum, sed ad proximos pertinet: si tamen beneficium fuerit paternum. Sic enim saepe pronuntiatum scio." Vgl. II feud. 37.

1) Bei Staatslehen fällt die Lehensherrlichkeit dem Regierungsnachfolger, bei Privatlehen dem Fiscus zu, wenn nicht die Lehnsherrlichkeit selbst Gegenstand eines Lehns war, in welchem Falle dieselbe an den Oberherrn heimfällt.

2) Die Agnaten können gegen eine Allodification keinen Einspruch thun, da ihre Rechte bei der neuen Gestalt des Verhältnisses nicht nur unverletzt bleiben, sondern sogar gesteigert werden. — Neuere Gesetzgebungen haben die Allodification entweder ohne Weiteres ausgesprochen, oder doch die Lehensherrn gezwungen, sich dieselbe gegen eine bestimmte Entschädigung gefallen zu lassen. So das Westphälische Decret v. 28. März 1809, Bayer. Edict §. 7 flg., das Bad. Edict §. 3. Die Allodification der Königlich Preußischen Lehne im Jahre 1717 ist keine gesetzliche, sondern eine vertragsmäßige. Ueber die Zweckmäßigkeit der gesetzlichen Allodification s. Eichhorn über die Allodification der Lehen. Gött. 1828. Eine übersichtliche Darstellung der Allodificationsgesetze in den sämmtlichen thüringischen Staaten giebt: Vermehren über

durch Eigenthumsersitzung [3]) bewirkt werden; die Rechte der Agnaten, welche durch einen Act der erstern Art nicht verletzt werden können, erneuern sich bei der Allodification in der Form fideicommissarischer Successionsrechte mit Beibehaltung aller sonstigen, durch die Aufhebung der lehnsherrlichen Rechte nicht beseitigten lehnrechtlichen Grundsätze [4]). Das longobardische Lehnrecht [5]) läßt endlich den Uebergang des Eigenthums an den Vasallen auch als Strafe bei einer Felonie des Lehnsherrn (nicht schon des prodominus [6])) eintreten.

Zweiter Abschnitt.

Nutzungsrechte an Bauergütern.

Einleitung.

§. 138.

Die Bauergüter [1]), d. h. ländliche Grundstücke im Ge=

---

den gegenwärtigen Zustand des Lehnwesens in den zu dem O.=A.=G. zu Jena ver. Staaten. 1862.

3) Es ist kein Grund vorhanden, hier die gemeinrechtlichen Grundsätze der civilrechtlichen Eigenthumsersitzung auszuschließen. A. M. Eichhorn Einl. §. 244, 2. S. bes. Pr. Landr. a. a. O. §. 657. 658.

4) Die Rechte der Agnaten haben ein Bestehen für sich, unabhängig von der Verbindung des Lehens mit dem Lehnsherrn. — Möglich ist bei der Allodification durch Eigenthumsersitzung freilich auch eine Ersitzung gegen die Rechte der Agnaten.

5) II feud. 26 §. 24: „Domino committente feloniam, ut ita dicam, per quam vasallus amitteret feudum, si eam committeret, quid obtinere debeat de consuetudine, quaeritur. Et respondetur, proprietatem feudi ad vasallum pertinere, sive peccaverit in vasallum, sive in alium.“ Die Singularität dieser Vorschrift wird Niemand verkennen. In der That kennt auch das deutsche Recht als Folge der Felonie des Herrn nur ein Aufhören der Dienstpflicht des Vasallen, nicht eine Steigerung seines Rechts zum Eigenthum. Sächs. Lehnr. 20 §. 4. 76 §. 3. a. E. Homeyer Lehnr. S. 516.

6) Begeht ein prodominus die Felonie, so kann wohl nur die Anstellung eines andern prodominus gefordert werden. Pätz Lehnr. §. 190.

1) Leyser Jus Georgicum (1741 zuletzt). v. Buri Erläuterungen

gensatz der Rittergüter, drängen durch ihre Natur an und für sich nicht zu neuen, bloß für ihre Eigenthümlichkeit geschaffenen Rechtsinstituten; durch eine Unterwerfung derselben unter die allgemeinen Rechtssätze ließe sich scheinbar eine genügende Befriedigung des Rechtslebens denken. Aber die geschichtliche Gestaltung des Bauernstands in Deutschland hat hier zu originellen Instituten geführt, denen nicht eine bloß geschichtliche, sondern zum Theil eine gesunde politische Berechtigung zukommt.

Es läßt sich kein gleichmäßiger Entwickelungsgang der bäuerlichen Gutsverhältnisse in Deutschland nachweisen[2];

---

des Lehnr. 2. Th. (1769). Klingner Sammlung zum Dorf- und Bauernrecht. 1749 flg. 4 Thle. Gadcken Grunds. des Dorf- und Bauernr. 1780. Struben de jure villicorum. 3. Ausg. 1768. Lennep Abhandl. v. d. Landsiedelleihe. 1768 u. 69. 2 Bde. Gesenius das Meyerrecht. 1801. 1803. 2 Bde. Hagemann Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 110—120 und §. 268—280. Wigand die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey 1. Bd. (1832) S. 67 flg. Dessen Provinzialrecht des Fürstenthums Minden, Ravensberg u. s. w. 1. Bd. (1834) S. 117 flg. Sommer Handbuch über die ältern und neuern bäuerlichen Rechtsverhältnisse in den Preußischen Provinzen in Rheinland Westphalen. 1830. 2 Bde. Dessen Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bauergüter im Herzogthum Westphalen, 1823. Steinacker Braunschw. Privatr. S. 466 flg. Grefe Hannöversches Privatr. II S. 187 flg. Thomas Fuldaisches Privatr. 1. Bd. S. 247 flg. Koken rechtl. Grundideen der deutsch. Colonate. 1844. Pfeiffer das deutsche Meyerrecht nach seiner rechtlichen Begründung und dermaligen Gestaltung. 1848. Gäde die gutsherrlich-bäuerlichen Besitzverhältnisse in Neuvorpommern und Rügen. 1853. Meyer das Colonatrecht mit bes. Rücksicht auf — Fürstenthum Lippe. 2 Th. 1854. 1855. Busch Beiträge zum Meierrecht (mit bes. Rücksicht auf Hildesheim) 1855. Wedekind zur Reform des Meierrechts u. der bäuerl. Verh. überh. (bes. in Lüneburg) 1861. Niemeyer das Meierrecht in der Grafschaft Hoya 1862. Preuß. Lüneburgsches Provinzialmeierrecht 1862.

2) Ueber die Geschichte der Bauergüter s. außer den oben angef. Schriften Eichhorn Rechtsgesch. §. 368 und 545; besonders aber die tief eingehenden und bedeutenden Untersuchungen Wigand's im zweiten

denn nicht selten geschieht es, daß der mühsam entdeckte Zusammenhang ihrer Gestaltung in gewissen Perioden der Rechtsgeschichte durch die vollendete Willkür der nächsten Zeit zerstört wird. Je willkürlicher aber die Ursachen dieser Zustände waren, desto schwerer ist es, mehr als die allgemeinen Bahnen der Bewegung und Entwickelung anzudeuten. Unter den bei der Bildung der bäuerlichen Verhältnisse wichtigen Einflüssen treten namentlich die Standesverhältnisse hervor, indem in der Abhängigkeit der Bauern von vogteilicher Herrschaft und andererseits der Leibeigenschaft und Hörigkeit (sofern die hofrechtlichen Berechtigungen den landrechtlichen nachstanden) der Grund einer Belastung und Abschwächung selbst des vollen Eigenthums[3]) am Grundstücke lag, welche in der Folgezeit oft selbst mit der Vernichtung des Eigenthums endete. Aber der Mittelpunct für die Gestaltung der mannigfaltigen bloßen Nutzungsrechte an Bauergütern sind die verschiedenen Formen der Grundherrschaft. Die Eigenthümer größerer Grundstücke (Grundherrn) überließen die Bearbeitung des Bodens an Dritte, so daß diese ein Nutzungsrecht an dem bei dem Grundherrn zurückbleibenden Eigenthum empfingen. Die Arten dieser Verleihung und die Bedingungen, welche die Grundherrn dabei stellten, waren so mannigfaltig, als Sitte und Specialinteresse nur immer sein

---

Bande der Provinzialrechte von Paderborn und Corvey S. 140 flg., und von Minden, Ravensberg u. s. w. im zweiten Bande S. 100 flg., ferner die Nachweisungen bei Stüve Wesen und Verfass. der Landgemeinden (1851) S. 23 flg. Vgl. auch Wächter Handb. des Würtemb. Privatr. 1. Bd. S. 162 flg. Die rechtshistorischen Untersuchungen „das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß in Deutschland betr. v. Weichsel. 3 Bde. 1822—30" erinnern an Parteischriften. Maurer Gesch. der Fronhöfe, der Bauernhöfe u. s. w. 3 Bde. 1862—63.

3) Ueber die Bauergüter zu vollem Eigenthum, welche sich niemals ganz verloren hatten, s. oben §. 8.

kann[4]); bald wurde ein dem Lehen (seltner der Emphyteuse) nachgebildetes Recht übertragen, bald hofrechtliches Eigenthum, bald erbliche oder nicht erbliche Nutzungsrechte gegen Zinsen, Handlohn und Dienste. Aber auch diese Verhältnisse haben sich nicht in ihrer Reinheit erhalten; verdunkelt durch das Alter ihres Ursprungs und den Mangel an Urkunden, willkürlich verändert in Folge unrichtiger Vorstellungen und Einmischung fremder Rechtssätze in diese aus dem Schoße des deutschen Lebens hervorgegangenen Rechtszustände, und endlich modificirt durch neuere Gesetzgebungen[5]), welche sich bestreben, den Boden von gutsherrlichen Lasten zu befreien und selbst das bloße Nutzungsrecht gegen Entschädigung zum Eigenthum zu erheben, — treten diese Rechte an Bauergütern bisweilen nicht sowohl mit der Kraft lebendiger inwohnender Rechtsprincipien, als mit der Bedeutung factischer Rechtszustände auf, deren Beurtheilung regelmäßig nur nach

---

4) Die hauptsächlichsten Quellen zur Erkenntniß dieser Zustände sind die Güter-, Flur-, Saal-, Erb-, Lagerbücher, Urbarien, Heberegister, Steuerkataster u. s. w., wie sie seit dem 16. Jahrh. allgemein üblich geworden sind. Ihre Glaubwürdigkeit und Beweiskraft muß durch eine Untersuchung der Art ihres Ursprungs bestimmt werden, und ist dann am größten, wenn sie unter öffentlicher Autorität und mit Beiziehung der Interessenten angelegt wurden. Außerdem sind die nächsten Quellen der Rechtsverhältnisse an Bauergütern die Ueberlassungscontracte, Leihe- und Meyerbriefe, deren Abfassung und Erneuerung von Zeit zu Zeit neuere Gesetzgebungen ausdrücklich vorschreiben. S. Pr. Landr. I, 18. 732 und 733.

5) S. Preuß. Gesetz v. 9. Febr. 1811 und v. 25. Sept. 1820. Bayer. Verfassung Tit. 4 §. 7 u. Beil. 6 §. 8 (Verwandlung der ungemessenen Frohnen in gemessene betr.), Würtemb. Edict v. 15. Nov. 1817. Fast in allen Staaten Deutschlands ist man gegenwärtig mit der Ablösung der bäuerlichen Grundlasten (welchen man in der Sprache der Kammern den für Deutschland nicht immer richtigen Namen Feudallasten beilegt) zum Theil mit, zum Theil ohne Entschädigung der Gutsherrn beschäftigt.

den Besonderheiten des localen Herkommens geschehen kann. Obschon sie indessen ihrer Entstehung nach nur selten den Charakter eigentlicher Rechtsinstitute hatten, und vielmehr nur auf den durch subjective Beliebung hervorgerufenen Bedingungen beruhten, so haben sie doch durch eine stete Wiederholung und durch übereinstimmende Sitte die Zufälligkeit ihres Ursprungs meistens insoweit überwunden, daß sie von der heutigen Wissenschaft als wirkliche Rechtsinstitute construirt werden können [6]).

I. Rechte an Bauergütern nach den Formen des gemeinen Rechts.

§. 139.

Obschon das Lehnrecht seiner ursprünglichen Bedeutung nach allein für die dadurch zu Kriegsdiensten verpflichteten Mitglieder der Ritterschaft bestimmt war, so hat man doch die darin liegende allgemeine Form der Uebertragung dinglicher Rechte über die ursprüngliche Sphäre ihrer Anwendung ausgedehnt und namentlich auch zur Begründung bäuerlicher Nutzungsrechte benutzt [1]). Die auf solche Weise begründeten Rechte, für deren Vorhandensein jedoch nicht schon die Be=

---

6) Besonders wichtige, namentlich für die theoretische Behandlung eine festere Grundlage gewährende Gesetze sind die Paderbornische Meyerordnung von 1765 bei Wigand Provinzialrechte v. Paderb. u. Corvey 3. Bd. S. 40 flg. Minden'sche Eigenthumsord. v. 1741 bei Wigand Provinzialr. v. Minden u. s. w. 2. Bd. S. 332 flg. Calenbergische Meyerordn. v. 1772. Münsterische Erbpachtordnung v. 1783 bei Schlüter Provinzialrechte der Provinz Westphalen 1. Bd. S. 338 flg. Osnabrückische Eigenthumsord. v. 1722 bei Wigand Provinzialrechte v. Paderborn u. s. w. 3. Bd. S. 144 flg. Codex Maximil. Bavaricus 4. Th. 7. Cap. Pr. Landr. I. Tit. 18, 2. Abschn.

1) S. oben §. 104 Not. 4. Haubold Sächsisches Recht §. 461.

zeichnung „Erblehen" entscheidet[2]), enthalten in Beziehung auf das Recht an der Sache alle Wirkungen des Lehnrechts, soweit diese nicht durch das besondere Band der Vasallentreue und der Ritterdienste bedingt sind. Daher wird zwar die Successionsberechtigung überhaupt nach den Grundsätzen des Lehnrechts beurtheilt, aber nicht auch die Lehnsfolgefähigkeit; ebenso tritt der Verlust des bäuerlichen Rechts nicht schon bei jeder Handlung ein, welche im eigentlichen Lehnrechte eine Felonie begründen würde. Regelmäßig wird bei solchen Verleihungen ein Laudemium ausbedungen; die Fälle desselben werden jedoch nach localem Herkommen und Privatdisposition verschieden bestimmt.

Nur wenige Bauergüter werden mit dem Rechte der römischen Emphyteuse besessen[3]). Die Kennzeichen derselben sind nicht die Namen[4]) oder die äußeren Aehnlichkeiten bäuerlicher Gutsverhältnisse mit derselben, sondern ein bestimmtes Hinweisen der Leihebriefe auf die charakteristischen Eigenthümlichkeiten des römischen Instituts.

---

2) Der Name Lehen oder Erblehen wird auch für Erbleihe, d. h. erbliches Colonatrecht gebraucht. Regelmäßig sind die Namen Feudaster, Zins-, Beutel-, Schulzenlehen.

3) Wirkliche Emphyteusen kamen regelmäßig nur als Verleihungsformen der nach römischem Rechte lebenden Kirche vor. Aber sehr häufig identificirte man die ganz verschiedenen deutschen Bauerleihen damit und zwängte ihnen die römischen Bestimmungen auf. Steinacker a. a. O. S. 479 N. 4. Ueber eine eigenthümliche Superficies, welche mit Emphyteuse verbunden ist, s. die interessanten Mittheilungen von Gäde (in der §. 138 N. 1 cit. Schr.) S. 70 flg.

4) Am wenigsten beweist dafür das vieldeutige Wort Erbzinsgut. Aber auch nicht einmal das Wort Emphyteuse, da man darunter sehr häufig keine bestimmte Species, sondern eine generelle Classe von Verleihungen verstand, z. B. d. Bayer. Landr. a. a. O. §. 1.

II. Erbliche Nutzungsrechte an Bauergütern nach deutschem Rechte (Colonat).

§. 140.

Das deutsche Recht kennt eine Art bäuerlicher Gutsrechte, welche in einem erblichen Besitz= und der Natur des Grundstückes entsprechenden Nutzungsrechte besteht, zu welchem in der Regel ein beschränktes Verfügungsrecht hinzukommt. Dieß sind die wesentlichen Elemente eines Instituts, welches von der Wissenschaft mit dem allgemeinen Namen Colonat bezeichnet wird, aber in den Particularrechten unter den verschiedensten Benennungen[1]) hervortritt, als Meyerrecht[2]), Erb=

1) Nicht alle Benennungen der Bauergüter beziehen sich auf die rechtliche Natur des Besitzrechts; manche sind von dem alten Gerichtsverbande entlehnt, in welchem sie sich befanden, z. B. Probstdings=, Voigtdings=, Meierdingsgüter, Hägergüter, Hubgüter, Hofgüter.

2) Meyer sind ursprünglich die Beamten des Villicationssystems, dann diejenigen, welchen man Grundstücke gegen die Verpflichtung zu denjenigen Abgaben übergiebt, welche der ehemalige villicus als fixirten Ertrag der Verwaltung hatte zahlen müssen. Später nannte man so auch die einzelnen Colonen eines solchen Wirthschaftsganzen. Vgl. Maurer Gesch. d. Frohnhöfe, der Bauernhöfe u. s. w. Bd. 2 (1862) S. 458 flg. Wigand Provinzialr. v. Paderborn Bd. 1 S. 185. Wippermann das Recht der Meierämter (officia villicationis) 1859. Daß man diese Verleihung in Urkunden bisweilen mit dem Ausdruck locare und die Abgaben des Meyer als Heuer bezeichnete, drängt, wie jeder Kundige sogleich erkennt, nicht zur Annahme eines persönlichen Rechts für jene Zeiten. S. auch Wigand a. a. O. S. 187. Dieß behauptet dagegen Gesenius Meyerrecht Th. 2 S. 108 flg. auch noch für die Gegenwart, und vor ihm Struben de jure vill. cap. 2 §. 9, 10 u. s. w. u. A. m. Vgl. schon dagegen Runde die Rechtslehre v. d. Leibzucht S. 96 flg. Allerdings ist die Erblichkeit in der Regel erst später erworben, aber die Nichterblichkeit ist nicht von selbst gleich der Nichtdinglichkeit. Heutzutage ist die richtige Ansicht, daß das Meyerverhältniß in Niedersachsen und Westphalen ein dingliches sei, die Meinung der Schriftsteller. S., außer Wigand, Steinacker a. a. O. S. 488, welcher aber in der näheren Bestimmung des Rechtscharakters irrt. Vgl. Note 7. — Die Schillingsgüter im Lüneburgischen, die Leihe zu Waltrecht (Lennep Landsiedelrecht

pacht[3]), Erbrecht[4]), Erbzinsrecht[5]), Erbleihe[6]). Alle diese Gutsrechte, welchen gleichmäßig der Charakter dinglicher Rechte zukommt[7]), haben regelmäßig einen Anfang genommen,

I, 2 §. 31) enthalten ähnliche Verhältnisse als das Meyerrecht. — Das Wort Meyer wird allerdings auch in manchen Gegenden für Pächter gebraucht (Gesenius Bd. 2 S. 149 flg.), aber dieß ist anomal.

3) S. die Münsterische Erbpachtordnung von 1785. Das Oesterr. Gesetzb. Art. 1122 und 1123 unterscheidet Erbpacht vom Erbzinsrecht durch die Größe des Zinses, welche bei ersterem im Verhältniß zum Fruchtertrage stehe, bei letzterem nur ein Bekenngeld sei. Die Calenberg. Meyerordn. I, §. 1 identificirt Erbpacht mit Meyerrecht. S. auch Haubold Sächs. R. §. 171.

4) Bayr. Landr. IV, 7 §. 6.

5) Pr. Landr. I, 18 §. 680—819. In Sachsen stehen die Erbzinsgüter mit der Bedeutung von Colonatgütern den s. g. schlechten Zinsgütern, d. h. dem mit Reallasten belegten Eigenthum gegenüber. Haubold a. a. O. §. 459 u. 460.

6) Suttinger consuetud. Austr. p. 997 sq. — Auch die Laßgüter in der Mittelmark, die Festegüter in Schleswig-Holstein und die Güter der Eigenbehörigen in Westphalen zählen hierher. Eichhorn Einl. §. 261, 3.

7) Obschon dieß allgemein anerkannt wird, herrscht doch außerdem in Bezug auf die Bestimmung des Umfangs dieser Rechte eine Verschiedenheit sowohl der Gesetze als der Meinungen der Schriftsteller. So wenig dieß auf das allgemeine rechtliche Princip von Einfluß ist, so sehr würde dieß eine noch jetzt weit verbreitete Ansicht sein, welche eine Gränzbestimmung in dem Gegenüberstellen des s. g. dominium utile und des ususfructus sucht. So das Pr. Landr. I, 18 §. 680 flg. gegenüber I, 21 §. 187 (Erbzinsgüter gegenüber dem Erbpacht), Gesenius Meyerrecht Bd. 2 S. 130 flg. Bülow und Hagemann Erörterungen Bd. 3 Nr. 22. Steinacker S. 478. Mittermaier Grundsätze §. 488. Diese Ansicht hätte nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft schon lange antiquirt sein sollen. Sie ist hervorgerufen durch eine Uebertragung des durch die Beurtheilung der Emphyteuse veranlaßten Irrthums über die Existenz eines s. g. dominium utile, welches man nun mit allen seinen aus der Luft gegriffenen und falschen Consequenzen auf ähnliche bäuerliche Gutsverhältnisse übertrug; wo man nun geringere Berechtigungen fand, bezeichnete man dieß als einen bloßen ususfructus, und suchte diese Gegensätze in einer gewiß unhaltbaren Weise mit an-

der von dem oben bezeichneten Zustande weitab verschieden ist; besonders erscheint die Erblichkeit und damit in der Regel auch die Dinglichkeit als eine erst neuere Errungenschaft [8]). Diese Verschiedenheit des Ausgangspuncts und der Entwickelung zeigt sich zwar noch immer in einzelnen Abweichungen

---

geblicher Wissenschaftlichkeit zu begründen. Aber auch die Ansicht Eichhorn's Einl. §. 259, 1, daß die Analogie der Emphyteuse mit vielen Ausnahmen angewandt werden müsse, ist unrichtig; die Emphyteuse ist ein selbstständiges römisches Institut, das in seiner eigenthümlichen Geschichte die Erklärung seiner Besonderheiten findet. Ueber andere Analogieen s. Grefe a. a. O. S. 218. Um das Colonatrecht civilistisch zu construiren, bedarf es keiner Analogie, sobald man sich vergegenwärtigt, daß es sich hier um die Uebertragung einzelner im Eigenthum enthaltener Befugnisse unter den vom Eigenthümer zu bestimmenden Bedingungen handelt, — also um ein Rechtsgeschäft, das in der Dispositionsfreiheit des Eigenthümers von selbst begründet ist. Die Wiederholung dieser Bedingungen in allen Gegenden Deutschlands, die dadurch entstandene Sitte, so und nicht anders zu verleihen, hat aus dem Rechtsgeschäft ein Rechtsinstitut werden lassen, an dessen Natur das größere oder geringere Maß der gutsherrlichen Zugeständnisse keine andere Veränderung hervorbringt, als dieß Nebenbestimmungen der Parteien überhaupt vermögen.

8) Die älteren Formen der Bauerleihe sind so mannigfaltig, daß sie sich kaum zu einem vollständigen Ganzen zusammenfassen lassen. Ueber das mittelalterliche landrechtliche Leihen zu Zinsgut vgl. Homeyer System des Lehnr. S. 276. Vgl. auch die Notizen bei R. Jacobi, Anselmus de Orto super contract. emphyt. et precarii, libelli atque investiturae (Wimariae) 1854. Die ehemalige Nichterblichkeit (die übrigens nicht die Regel war) stützt sich zum Theil auf das durch manche Erfahrungen veranlaßte Streben der Gutsherrn, die Zurückziehung des Guts wenigstens in ihrer Hand zu haben; sie wollten dem Bauer das Gut nicht gerade wegnehmen, aber ihm doch auch kein Recht gewähren. Grefe a. a. O. S. 210 flg. Oft wollten sie auch nur die Verpflichtung zur Leistung eines Weinkaufs erzwingen. Besonders häufige Anfänge sind die vielgestaltigen Formen des Hofrechts. Alle diese Verschiedenheiten der Entstehung haben noch in der heutigen Gestalt der Verhältnisse sichtbare Spuren zurückgelassen, deren Erforschung auf dem Wege der Geschichte die Aufgabe des Juristen bei der Beurtheilung concreter Fälle ist.

der genannten Classen der Nutzungsrechte unter einander; aber sie sind nicht so wesentlich, daß sie das obige Grundprincip selbst veränderten und eine wissenschaftliche Vereinigung dieser Classen zu einem umfassenden Institute unmöglich machten.

Das Colonatrecht gewährt das ausgedehnteste Recht der Benutzung des Bauerguts, wie dieselbe durch die Natur des letztern und dessen herkömmliche Bewirthschaftung geboten wird und ohne Nachtheil für die Erhaltung desselben geschehen kann[9]; jedoch ist eine Veränderung der Cultur, welche keine Verschlechterung des Guts ist, nicht ausgeschlossen[10]. Der Colon vertritt das Gut in allen dasselbe betreffenden Rechtsstreitigkeiten sowohl als Kläger (mit den gewöhnlichen Realklagen), wie als Beklagter, ohne die Befugniß, den Gegner an den Gutsherrn verweisen zu können, dem jedoch eine Intervention freisteht[11]; eine Wiedervereinigung veräußerter Parcellen durch die Reunionsklage wird sogar regelmäßig dem eintretenden Colonen zur Pflicht gemacht[12]. Wirkliche Veräußerungen des ganzen Guts oder eines Theils, sei es unter Lebenden oder von Todes wegen, sind, wenn sie ohne

9) Der Umfang der Benutzung ist nach der Intention des Verleihenden ähnlich dem des Lehnrechts, — Ausschöpfung aller im Eigenthum liegenden und ohne jenes übertragbaren Befugnisse. Einzelne Beschränkungen, die auf besonderen Vorbehalten beruhen, finden sich häufig, bisweilen sogar durch die Gesetze vorgeschrieben. So namentlich in Betreff des Rechtes, hartes Holz zu schlagen. S. Gesenius a. a. O. S. 161. Bülow und Hagemann Erörter. Bd. 2 Nr. 25. Wigand Provinzialr. v. Paderb. Bd. 1 S. 89.

10) Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 524. Steinacker a. a. O. S. 480.

11) Wigand a. a. O. S. 88. Hagemann a. a. O. u. Erörterungen 4 Nr. 13. Steinacker S. 489.

12) Wigand a. a. O.

Einwilligung des Gutsherrn geschehen, nichtig[13]); diese kann aber in der Regel nicht aus unerheblichen Gründen, besonders dann nicht versagt werden, wenn der neue Erwerber zur Bewirthschaftung fähig ist. Eine zeitweise Ueberlassung des Colonatrechts dagegen an eine überhaupt nicht untüchtige Person, sowie die Bestellung eines dinglichen Rechts auf die Dauer des Colonats wird meistens auch ohne Einwilligung des Gutsherrn gestattet[14]). Dereliction des Colonats ist durch die Vertragspflicht des Colonen ausgeschlossen[15]). Da die freie Dispositionsbefugniß mangelt, mithin auch eine Verpfändung des Guts die Zustimmung des Gutsherrn bedarf, so haftet für die Schulden des Colonen nur dessen Allodialvermögen[16]), wozu alle Habe außer dem Gute und insbesondere auch die Meliorationen, welche der Colon zu dem Hauptgute gemacht hat und vergütet erhält, gerechnet wer-

13) Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 526. Steinacker S. 480 Note 9. Grefe S. 228 flg. S. aber Wigand a. a. O. S. 94, wo der Verkauf des ganzen Gutes nach vorgängiger Anzeige an den Gutsherrn und Erwartung seiner Antwort freigegeben, aber nur eine theilweise Veräußerung, also Zersplitterung verboten wird. Oft wird dem Herrn ein Verkaufsrecht gewährt. — Eine verbotene Veräußerung ist nichtig und kann sowohl vom Gutsherrn als Colonen widerrufen werden. Grefe S. 235.

14) Befugniß zur Verpachtung unter der im Text gegebenen Beschränkung, Bestellung einer Leibzucht (s. das Erbrecht), einer Servitut auf die Dauer des Rechts, muß dem Colonen nach allgemeinen Grundsätzen freistehen. S. Struben de jure villic. c. II §. 4. A. M. Eichhorn Einl. §. 259.

15) Bülow und Hagemann Erört. Bd. 4 Nr. 82.

16) Die Schulden ergreifen auch ohne einen Consens des Gutsherrn das unter Vorbehalt der gutsherrlichen Rechte als Executionsmittel dienende Gut, wenn öffentliche Lasten aus dem Allod nicht bezahlt werden können, aber nicht ohne Weiteres auch wegen versio in rem; s. jedoch Hagemann Landwirthschaftsr. S. 527. Grefe a. a. O. S. 232 u. 277 flg.

den[17]). Der Colon hat die Verpflichtung, das Gut baulich zu erhalten und die öffentlichen Lasten desselben zu tragen; ebenso muß er alle gutsherrlichen Gefälle leisten, unter denen namentlich ein bald kleinerer (bloß zur Recognition des Eigenthums), bald größerer Zins an den Gutsherrn hervortritt[18]). Er ist ferner verpflichtet zur Zahlung des Laudemium und ähnlicher Abgaben (vergl. §. 143).

Das Colonatrecht wird begründet durch einen Vertrag zwischen dem Gutsherrn und Colonen[19]). Der darüber abzufassende Leih- oder Meyerbrief enthält die näheren Bedingungen des Verhältnisses, welche durch Gesetz und locales Gewohnheitsrecht ergänzt werden[20]). Bestimmungen, welche das Colonatrecht auf eine bestimmte Zeitgränze oder auf die Lebenszeit des Colonen beschränken, sollen nach Particularrechten die Erblichkeit nicht ausschließen[21]). Der Meyerbrief muß sowohl beim Antritt des Colonatguts als auch später von Zeit zu Zeit erneuert werden. Besondere Aufhebungs-

17) Steinacker a. a. O. S. 497 flg. Jedoch können diejenigen Allodialgegenstände, welche unauflöslich mit dem Hauptgute verbunden sind, wie Gebäude, nur unter denselben Bedingungen wie das Hauptgut von den Gläubigern angegriffen werden.

18) Ueber die Zinsen und die Frage über den Erlaß derselben in unglücklichen Jahren vgl. unten §. 189.

19) Zur Entstehung des dinglichen Rechts bedarf es nicht unbedingt einer traditio, wenn nicht das Particularrecht eine solche vorschreibt. Die Analogie des emphyteutischen Contracts ist hier in der That zulässig. Grefe a. a. O. S. 220 flg.

20) Namentlich ist aus dem localen Herkommen die Frage nach den Kennzeichen der Erblichkeit zu beantworten, wenn diese im Leihebriefe nicht ausgesprochen sein sollte. Solche Merkmale sind: Laudemialverpflichtung beim Gutsantritt, Vorkommen von Leibzuchten und Interimswirthschaften. Eichhorn Einl. S. 648. Eine Vermuthung für die Erblichkeit, wie sie den Bestimmungen des Pr. Landrechts zu Grunde liegt, kann nicht allgemein angenommen werden, wohl aber in besonderen localen Verhältnissen begründet sein.

21) Sommer Darstellung der Rechtsverh. der Bauergüter S. 108.

gründe des Colonats sind die Consolidation beim Absterben des Colonen und seiner successionsberechtigten Nachkommen und die Fälle der Caducität, welche in dem Abmeierungsrechte des Gutsherrn begründet sind (§. 143[22])).

Ausübung des Colonatrechts durch einen Interimswirth [1]).

§. 141.

Die Stellung eines Colonen sowohl gegen den Gutsherrn als gegen die Gemeinde macht es wünschenswerth, daß die Vertretung des Bauerguts durch einen selbstständigen der Bewirthschaftung fähigen Mann nicht unterbrochen werde. Ein gewöhnlicher Vormund, welcher die Gutsverwaltung während der Minderjährigkeit des Anerben übernähme, würde jenen Interessen nicht genügen [2]), und man hat deshalb in vielen Gegenden Deutschlands das Institut der Interimswirthschaft eingeführt. Der Interimswirth ist ein auf bestimmte Zeit (Mahljahre) gewählter Vertreter des Anerben im Colonate mit selbstständiger Berechtigung [3]). Er wird bestellt, wenn die Succession in das Colonatgut für den min=

22) Es tritt hier eine ähnliche Sonderung des Allods vom Colonat ein, als beim Lehen; nur wird hier das allodium cum villa conjunctum niemals getrennt, sondern immer nur dem Werthe nach vergütet. Um weitläufige historische Untersuchungen abzuschneiden, bestimmen manche Gesetzgebungen, was als allodium cum villa conjunctum anzusehen sei. Runde Interimswirthsch. S. 6 u. 7.

1) Ch. L. Runde Abhandlung der Rechtslehre von der Interims-Wirthschaft auf deutschen Bauergütern. 1796. 2. Ausg. 1832. Pfeiffer Meyerrecht S. 332 flg.

2) S. Runde a. a. E. §. 8 und S. 42. Ganz ähnlich ist das Bedürfniß nach Einkindschaft in den Städten.

3) Dieses juristische Princip (procurator in rem suam) ist lange verkannt worden. Ueber die zum Theil ganz wunderlichen Analogieen, welche man benutzt hat, s. Runde §. 23—29. Auch dessen „interimistisches Eigenthum" im Gegensatz des „schlafenden" empfiehlt sich wenig. Am häufigsten war die Annahme einer tutela fructuaria oder Lehnsvormundschaft (zu der auch Phillips Deutsch. Pr.-R. §. 268 in seiner historisch sein sollenden Deduction wieder hinneigt). — Von der eigentli=

derjährigen Anerben entweder durch den Tod oder das Abtreten (zur Leibzucht) des Colonen eröffnet wird[4]). Der ursprüngliche Fall der Interimswirthschaft ist die Uebertragung derselben auf den zweiten Ehegatten durch die überlebende Wittwe, welche auch ohne jene vermöge ihrer aus der Gütergemeinschaft[5]) entspringenden Rechte dem aufgeheiratheten Manne einen freilich durch die Dauer ihres Lebens bedingten Antheil am Genusse des Gutes verschaffen würde; jedoch setzt diese Art der Bestellung heutzutage entweder eine Berechtigung der überlebenden Wittwe durch Bevollmächtigung von Seiten des nun verstorbenen Colonen voraus, oder die Zustimmung der Vormünder und des Gutsherrn[6]). Außerdem können die Vormünder, wo sie es für nöthig erachten, die Zustimmung der Obervormundschaft vorausgesetzt[7]), einen Interimswirth bestellen, wobei der Gutsherr seinen etwa erforderlichen Consens, sofern die Gesetzgebung die Ausübung der gutsherrlichen Rechte überhaupt beschränkt, nicht aus unerheblichen Gründen versagen kann; auch kann der Colon die seinem Ehegatten an und für sich zukommenden Güterrechte in die Form einer Interimswirthschaft bringen. Immer aber muß der Interims-

---

chen Interimswirtschaft muß übrigens streng die Berechtigung auf Verwaltung oder Genuß des Guts unterschieden werden, welche die Folge ehelicher Güterrechte oder etwa der väterlichen Gewalt ist. Runde §. 11 u. 12.

4) Andere Fälle s. bei Runde §. 37. Auf die Bestellung eines Vormunds hat die Interimswirthschaft gar keinen Einfluß. Der Interimswirth kann selbst Vormund sein, dieß ist aber nicht nöthig.

5) Diese Rechte können auch anderer Art sein, z. B. ein in den Ehepacten bestelltes gegenseitiges eheliches Successionsrecht (längst Leib längst Gut).

6) Eichhorn Einl. §. 366 giebt der Wittwe dieß Recht ganz unbedingt. Vgl. aber Runde §. 41, und die das. Note c angeführten Gesetze.

7) Ueber die Puncte, auf welche sich deren causae cognitio zu richten hat, s. Runde S. 102 flg.

wirth eine zur Bewirthschaftung fähige Person sein; die Verwandtschaft[8]) desselben mit dem Anerben kommt dagegen ebenso wenig als in der Regel das Geschlecht in Betracht. Das Rechtsgeschäft, welches die Interimswirthschaft begründet, ist eine Veräußerung ohne Liberalität; seine Form kann die einer letztwilligen Verfügung und eines Vertrags sein, für welchen häufig schriftliche Abfassung erfordert wird.

Der Interimswirth hat am Colonat und dessen Zubehör[9]) während der Dauer des Verhältnisses alle Rechte und Pflichten eines wirklichen Colonen, zu denen noch die besondere Verbindlichkeit zur Erhaltung des Guts für den Anerben hinzutritt. Wie der Colon erwirbt er daher alle Früchte des Guts und ist zu denselben Wirthschaftshandlungen wie jener berechtigt. Auch vertritt er das Gut activ und passiv in den dasselbe betreffenden Rechtsstreitigkeiten, und seine Erwerbshandlungen bereichern das Grundstück. Dagegen darf er weder das ganze Gut, noch einen Theil davon veräußern[10]) und verpfänden; der Anerbe muß aber solche Schulden desselben anerkennen, welche das Bedürfniß des Guts forderte und die zum Besten desselben verwendet wurden[11]). Der Interimswirth ist verpflichtet, das Gut in Bau und Besserung zu erhalten, alle Lasten desselben (auch das Laudemium) zu tragen, die hypothekarischen Schulden zu bezahlen, die Ge=

8) Denn obschon der Fall, daß der Stiefvater Interimswirth ist, am häufigsten vorkommt, so ist er doch keineswegs der ausschließliche.

9) Nicht am Allodialvermögen des Anerben.

10) Dieß gilt jedoch nicht von den nothwendigen Veräußerungen, besonders des Inventars, welche als gewöhnliche Wirthschaftshandlungen betrachtet werden können, und deshalb nicht einmal die Erlaubniß der Vormünder bedürfen.

11) Runde S. 132 spricht dem Gläubiger (nach L. 7 Cod. 4, 26 und L. I pr. D. 20, 6) eine Klage gegen den Anerben auf Grund der in rem versio, dem Interimswirthe aus dem Mandate oder der Negotiorum gestio zu.

schwister des Anerben sowie diesen selbst zu alimentiren und jene regelmäßig auch abzufinden und auszusteuern [12]); auch wird in der Regel verabredet, daß er sein Vermögen ganz oder theilweise in das Gut verwende. Dafür wird ihm nach Beendigung der Interimswirthschaft eine Leibzucht und seinen Kindern eine Abfindung, auch wohl ein eventuelles Successionsrecht gewährt. So wie er nun verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, welcher dem Gute durch eine Vernachlässigung der Sorgfalt, die er in eignen Angelegenheiten anwendet [13]), entstanden ist, so ist er berechtigt, für diejenigen Verwendungen in das Gut, welche außer dem Kreise seiner Verpflichtung liegen und den Ertrag des Guts nebst seinem eingewandten Vermögen übersteigen, Entschädigung zu verlangen [14]).

Die Interimswirthschaft hört auf mit der Beendigung der Mahljahre, welche regelmäßig in den Zeitpunct der Volljährigkeit des Anerben fällt; ebenso wird sie durch die Wirthschaftsunfähigkeit und den Tod des Interimswirths [15]), nicht aber durch den Tod des Anerben beendigt.

III. Nichterbliche Nutzungsrechte an Bauerngütern.

§. 142.

Zwischen dem erblichen Colonatrechte und einem bloßen

12) Dieß jedoch nur, wenn der Fall der Abfindung oder Aussteuer in die Dauer der Mahljahre fällt und der Interimswirth in dem Besitze solcher Güter ist, auf denen die Pflicht zur Abfindung haftet, sowie endlich, wenn das disponibele Vermögen mit Einschluß des vom Interimswirthe conferirten hinreicht. Runde S. 156.

13) Runde §. 70. Vgl. auch Heise und Cropp jurist. Abhandl. 2. Bd. S. 93 flg. Rechnung braucht der Interimswirth nicht abzulegen.

14) Runde §. 73 und 74.

15) Regelmäßig wird hier eine neue Interimswirthschaft für die noch übrigen Mahljahre bestellt, welches oft dem überlebenden Ehegatten des verstorbenen Interimswirths ausdrücklich gestattet wird. Runde S. 203.

Zeitpacht[1]) in der Mitte steht ein dingliches Nutzungsrecht am Bauerngute, welches auf eine bestimmte Dauer beschränkt ist, nämlich auf die Lebenszeit des Empfängers, oder auf bestimmte Jahre, oder auf willkürlichen Widerruf. Diese Güter haben ihre besonderen Eigenschaften ähnlichen Willkürlichkeiten zu verdanken als die Colonate; oft sind sie auf dem Wege zur Erblichkeit nur stehen geblieben, welchen einzelne Arten des Colonats, mit denen sie in Rücksicht auf die ersten Anfänge verwandt waren, rasch vollendeten. Daher kommt es, daß die Nichterblichkeit häufig nur eine theoretisch vorhandene Eigenschaft ist, während im Leben nach alter Sitte das erledigte Gut auch dem Sohne des abgegangenen Besitzers verliehen wird, der es nur von Neuem „gewinnen" muß[2]). Bei diesen Gütern finden alle Grundsätze des Colonatrechts Anwendung[3]), soweit sie ohne das Princip der Erblichkeit bestehen können; wenn daher nicht ein bestimmter das Verhältniß auflösender Grund eintritt, so muß auch der Singularsuccessor des Gutsherrn die Berechtigung anerkennen. Dahin gehören besonders die auf Lebenszeit verliehenen Bauerlehen in Oberhessen[4]), Gewinngüter am Niederrhein[5]),

---

1) Es ist historisch und juristisch unrichtig, wenn Mittermaier diese Güter (D. Pr.=R. §. 489) als Nachbildungen des Pachtverhältnisses ansieht. Denn das Anwenden römischer Analogieen, z. B. von dem Verf. des Solmsischen Landrechts auf die Landsiedelleihe hat nicht die dauerhafte Wirkung gehabt, daß jene Annahme so allgemein gerechtfertigt wäre.

2) Schon die Verpflichtung des Gutsherrn, die dem Gute zugewandten Meliorationen zu vergüten, führte häufig dazu, statt dieses Ersatzes das Gut dem Sohne zu geben, um so mehr, da dieser es durch ein Laudemium gewinnen mußte. S. Eichhorn Einl. §. 255, 4.

3) Namentlich muß der Gutsbesitzer auch hier alle Gutslasten tragen.

4) Runde Anm. zu Buri Erläut. des Lehnr. Anm. 50.

5) S. die bei Mittermaier a. a. O. Not. 12 angef. Schriftsteller.

Leibgedingsgüter (Leibrecht) in Bayern[6]) und Oesterreich[7]), Schupf= und Fallehen in Schwaben[8]), und die Todbestände in Baden, ferner die auf Lebzeit des Gutsherrn verliehenen Neustiftsgüter in Bayern; regelmäßig ist die Erblichkeit auch der s. g. Behandigungsgüter[9]) nur eine factische. Willkürlich gekündigt werden können die Landsiedelleihen[10]) in Hessen, Solms und Waldeck (obschon auch bei ihnen factisch in der Regel Vererbung stattfindet), die Güter auf Herrengunst (veranleitete Freistifte[11])) und einzelne Arten Laßgüter. Auch für diese Classen von Gütern entscheiden nicht immer die Namen, da sie theils in verschiedenem Sinne gebraucht werden, theils oft selbst dann noch festgehalten wurden, wenn sich die Natur der Güter schon längst in einer dem Namen widersprechenden Weise umgestaltet hatte[12]).

IV. Rechte der Gutsherrn gegen die Nutzungsberechtigten.

§. 143.

Die Rechte des Gutsherrn sind keineswegs überall gleich und bestimmt, sondern je nach der Verschiedenheit der bäuerlichen Zustände in ihrem Umfange und Inhalte von einander abweichend[1]). In der Regel hat der Gutsherr das Recht

6) Cod. Max. Bav. a. a. O. §. 29.

7) Suttinger cons. Austr. p. 997 sq.

8) Bad. Landr. Art. 1831 aa—bl. Gaisberg Beleuchtung der Rechtsverhältnisse bei Schupflehen. 1824.

9) Bestritten. S. Eichhorn Einl. §. 261 Not. v.

10) S. Lennep in dem §. 138 Not. 1 angef. Werke, und Sternberg in der Zeitschr. für deutsches Recht 8. Bd. S. 93 flg. Solms. Landesordn. Th. 2, 7.

11) Im Bayr. Landr. a. a. O. §. 31.

12) Buri von den Bauergütern S. 378.

1) Die gutsherrlichen Rechte entbehren eines juristischen Mittelpuncts, kraft dessen sie einer juristischen Gesammtconstruction fähig wären. Sie bestehen vielmehr aus vielen einzelnen Berechtigungen des

auf vertragsmäßige Abgaben und Reallasten[2]), besonders Zinsen und Dienste, auch stehen ihm noch in manchen Gegenden die außerordentlichen Mittel zur eigenmächtigen Geltendmachung dieser Rechte, als Dienstzwang und außergerichtliche Auspfändung des Grundholden wegen rückständiger Zinsen zu[3]). Häufig gesellen sich hierzu noch mannigfache Berechtigungen, welche aus ehemaliger Leibeigenschaft der Bauern abstammend in der Gestalt von Reallasten noch heutzutage hie und da erhalten wurden[4]). Keine Reallasten, sondern persönliche Verpflichtungen dagegen sind das Laudemium und Mortuarium[5]), von denen das erstere einen regelmäßigen Bestandtheil der Gutsherrschaft in Deutschland ausmacht. Die Rechte auf diese Lasten und ein eigenthümliches dem Gutsherrn zustehendes Privationsrecht des Colonen bedürfen hier

---

verschiedensten Ursprungs (Vogtei, Vorbehalt bei Verleihungen, Reste der Leibherrschaft, Vertrag u. s. w.) und der verschiedensten rechtlichen Natur. Ihr Zusammenhang ist ein historischer und ihre Einheit liegt weniger in einem juristischen Begriffe als in der eigenthümlichen socialen Idee, welche durch diese Verbindung Gestalt erhält. Daher vernichtet es den Begriff der Gutsherrschaft nicht, wenn die einen oder andern dieser Rechte fehlen. Ihre Aufzählung an dieser Stelle dient zur ferneren Charakteristik der bäuerlichen Gutsverhältnisse. Uebrigens kann gemeinrechtlich für das Vorhandensein dieser Berechtigungen im Einzelnen keine Vermuthung geltend gemacht werden.

2) S. darüber später das Obligationenrecht. Ueber die Möglichkeit von Reallasten bei dieser Art von Bauergütern s. Duncker Reallasten S. 203 flg.

3) Vgl. §. 69 Not. 7.

4) Wigand Provinzialr. v. Paderborn und Corvey 1. Bd. S. 251.

5) S. Duncker die Lehre von den Reallasten (1837) S. 227 gegen die sehr verbreitete, aus Mangel eines scharfen Begriffs der Reallasten hervorgegangene Ansicht, sie seien jenen beizuzählen. S. unten §. 169 (2). Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß diese Lasten in mancher Beziehung (z. B. rücksichtlich der Zulässigkeit einer Klage auf Anerkennung des Rechts im Ganzen) den Reallasten analog behandelt werden können.

einer besonderen Erwähnung. 1) Das **Laudemium**[6]) (Handlohn, Ehrschatz, Weinkauf, Lehnwaare, Auffahrt, Gewinngeld, Lehngeld) ist eine ursprünglich bei Verleihungen bäuerlicher Nutzungsrechte vorkommende, aber unter Einfluß des römischen Rechts später ausgedehnte und durch Herkommen oft auch auf Bauergüter im vollen Eigenthum übertragene Last, welche in der Verpflichtung des neuen Gutserwerbers besteht, dem Gutsherrn eine bestimmte Summe zu zahlen[7]). Nach seinem ursprünglichen Charakter ist das Laudemium eine im Leihebriefe übernommene persönliche Verbindlichkeit; eine solche ist es auch stets geblieben, obschon es im Lauf der Zeit den Grund einer vertragsmäßigen Uebernahme häufig verloren hat, und nun auf einer allgemeinen gewohnheitsrechtlichen oder gesetzlichen Vorschrift beruht. Stets aber muß sowohl seine Existenz als sein Umfang bewiesen werden, wenn dieß bestritten wird. Das Laudemium besteht in der Regel in gewissen Procenten des Gutswerths[8]), und kommt nicht bloß bei einer Gutsveränderung vor, welche durch ein Geschäft unter Lebenden (selbst durch die Interimswirthschaft) veranlaßt wird, sondern auch bisweilen bei Erb-

---

6) Beck vom Abschoß, Nachsteuer und Handlohn herausg. v. Lange. 1781. Schröter Abhandl. von der Lehnwaare und andern Belehnungsgebühren mit Vorrede von Eckardts. 1789. Vom Handlohn der Erbgüter besonders nach Nürnberg. Rechten. 1798. Wigand a. a. O. S. 74 flg. Grefe Hannöver. Pr.-R. 2. Bd. §. 69. Steinacker Braunschweig. Pr.-R. §. 216. Weiske praktische Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechts. 1846 (über das Lehngeld bes. nach dem Sächs. Generale v. 1751).

7) In der Regel tritt die Verpflichtung zum Handlohn nicht bei Veränderungen der Person des Gutsherrn ein. S. Calenberg. Meyerordn. 2 §. 3.

8) Vgl. z. B. Cod. Maxim. Bavar. IV, 7 §. 11. (Der Gutswerth ist wohl zu unterscheiden vom zufälligen Kaufpreise; nur jener giebt den Maßstab für das Laudemium.)

fällen; im letzteren Falle jedoch regelmäßig nur bei der Vererbung auf Seitenverwandte. Es ist fällig im Augenblick der geschehenen Gutsantretung; wird diese als vom Anfange an nichtig wieder rückgängig gemacht, so kann das schon gezahlte Laudemium zurückgefordert werden, während dieß nicht der Fall ist, wenn ein neues willkürliches Geschäft das Gut in die Hand des früheren Veräußerers zurückkehren läßt[9]). 2) Das Mortuarium[10]) (Besthaupt, Kurmede, Gewandrecht, Buttheil, Hauptrecht, Todfall, Hauptfall) ist die Berechtigung des Gutsherrn, aus dem nach Bezahlung der vom Verstorbenen gültig contrahirten Schulden übrigbleibenden Nachlasse des Colonen[11]) eine einzelne bestimmte Sache oder eine Quote, oft auch eine besonders verabredete (Besthauptstheidigung) oder herkömmlich festgesetzte Abfindung zu fordern. Dieß Recht setzte ursprünglich Leibeigenschaft des Colonen voraus; es ist aber nach Aufhebung der Leibeigenschaft bisweilen als eine dem Laudemium analoge Last stehen geblieben und es finden sich auch Beispiele des Mortuariums bei Gütern freier Bauern[12]). 3) Das Abmeierungsrecht, d. h. die Befugniß des Gutsherrn, den Colonen nach vorhergegangenem Expulsionsprocesse in gewissen Fällen seines Gutes zu entsetzen. Solche Fälle sind der Concurs des Colonen[13]), schlechte Wirthschaft, Versäumniß der Er-

---

9) Vgl. Mittermaier Grundsätze §. 496.

10) Bodmann Abhandlung von dem Besthaupte, nach gemeinem deutschen und besonders mainzischem Rechte und Herkommen. 1798.

11) Jedoch kommt das Colonat selbst mit in Anrechnung.

12) Hohenlohisches Landr. 3. Th. Tit. 8 §. 4. 6—9. Eichhorn Einl. §. 71, 66.

13) Da das Gut nur mit Willen des Gutsherrn veräußert werden kann, und ein in Concurs gerathener Colon durch Verlust seines Allodialvermögens außer Stand geräth, das Gut zu bewirthschaften, so tritt ein Fall der Berechtigung des Gutsherrn ein, das Colonat zurückzu-

neuerung der Bemeierung, Rückstand im Zahlen der Zinsen[14]), Veräußerung des Guts ohne Zustimmung des Gutsherrn, und bei nichterblichen Leihen bisweilen auch das eigene Bedürfniß des Letztern, vorausgesetzt, daß er das Gut selbst übernehmen will[15]), während in den übrigen Fällen der Gutsherr zu einer beliebigen anderweiten Bemeierung berechtigt ist. In neuerer Zeit ist das Abmeierungsrecht mehrfach aufgehoben worden[16]).

Dritter Abschnitt.

Servituten.

1) Allgemeines.

§. 144.

Berechtigungen an fremden Sachen, wodurch diese einer theilweisen Herrschaft unterworfen werden, sind so sehr das Bedürfniß eines auf nachbarliche Annäherung gestützten Verkehrs, daß sie kein Recht eines gebildeten Volkes entbehren kann. Auch das ältere deutsche Recht kennt solche Eigenthumsbeschränkungen in großer Mannigfaltigkeit, freilich ohne dieselben nach der Verschiedenheit ihrer juristischen Natur zu trennen[1]). Daher finden sich denn auch die eigentlichen Ser-

---

fordern; jedoch wird er in der Regel verpflichtet, zur Tilgung der Gantschulden einen Theil beizutragen. S. Calenberg. Meyerordn. 9. Cap. Eichhorn a. a. O. S. 646 Not. kk.

14) Vgl. darüber z. B. die bei Grefe a. a. O. S. 268 flg. angeführten Quellen. Die Zeit des Zinsrückstandes wird gewöhnlich auf 2 oder 3 Jahre bestimmt.

15) S. Grefe a. a. O. S. 274.

16) z. B. in Bayern, s. Edict über die gutsherrlichen Rechte und die gutsherrliche Gerichtsbarkeit v. 1818 §. 16.

1) Die Rechtsbücher enthalten wenige Beispiele von Servituten; die Aufzählung solcher mußte nach der Anschauung des Mittelalters mehr eine Sache der Casuistik sein, weshalb Urkundensammlungen und besonders die Grimm'schen Weisthümer die hier eigentlich belehrenden

vituten von den in ihrer äußeren Erscheinung ähnlichen Berechtigungen nicht geschieden; denn so sehr auch der Begriff der Servitut (wie ihn das römische Recht aufstellt) ein durch seine innere Wahrheit jederzeit nothwendiger ist, so setzt doch seine Erkenntniß ein Bewußtsein der juristischen Natur der dinglichen Rechte und insbesondere des Eigenthums in einer Art voraus, in welcher es dem älteren deutschen Rechte abgeht. Durch die Bekanntschaft mit dem römischen Rechte wurde nun diese Erkenntniß vermittelt, und man stellte sich fortan die Aufgabe, die im einheimischen Leben vorkommenden Rechtsverhältnisse nach jenen Grundsätzen zu beurtheilen. Wenn man dabei die scharfen Gränzlinien der Servituten übersah und eine Reihe von Rechtsverhältnissen ihrem Principe unterwarf, welche eine durchaus verschiedene Beurtheilung in Anspruch nahmen[2]), so ist es die Aufgabe der neueren Zeit

---

Quellen sind. Dagegen führen die in den Rechtsbüchern schon erwähnten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen (s. oben §. 85 — 87) von selbst zu der Annahme eines häufigen Gebrauchs der Servituten. — Unter den mit den Servituten häufig in eine Reihe gestellten Rechten stehen obenan die Reallasten; beruhten doch auch sie regelmäßig auf Vorbehalt bei Uebertragung von Grundstücken oder auf einem durch Urkunden befestigten Uebereinkommen der Parteien. — Vgl. auch Trummer Vortr. über merkwürd. Erschein. in der Hamb. Rechtsgesch. Bd. 3 1. Heft (1849) S. 39.

2) Dieß war namentlich der Fall mit den Reallasten, welche man häufig als Servituten ansah, die nach der Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts in faciendo beständen; ferner mit einer Reihe von ganz selbstständigen Nutzungsberechtigungen, 1) Nießbrauch des Ehemanns am Vermögen der Frau, 2) der Eltern an den Gütern der Kinder, 3) die Leibzucht und das Leibgeding des überlebenden Gatten, 4) die Interimswirthschaft, 5) die Apanage, — deren Auffassung als Nießbrauch man gegen die Regeln des römischen Rechts durch Aufstellung eines sogenannten ususfructus juris Germanici zu retten suchte. Ebenso faßte man häufig den Gemeindenutzen sowie die durch die Markordnungen gewährten Befugnisse und die vorbehaltenen Rechte des Gutsherrn bei Bestellung von Colonaten als Servituten auf, zu welchem Irrthum

gewesen, diese Irrthümer zu berichtigen und der Eigenthümlichkeit der deutschen Rechtsinstitute ihre entsprechende Form zu gewähren.

Abgesehen von einigen particularrechtlichen Bestimmungen über die Entstehung der Servituten, z. B. die Einführung einer anderen Verjährungszeit[3]), die Nothwendigkeit der Eintragung in die öffentlichen Bücher, werden mithin die allgemeinen Fragen der Servitutenlehre durch die Grundsätze des römischen Rechts beantwortet; dagegen bedarf es an diesem Orte einer Darstellung des Inhalts einzelner nur dem deutschen Rechte bekannter oder besonders darin ausgebildeter Dienstbarkeiten, welche sich an die nicht geschlossene Zahl der römischen Servituten anreihen.

2) Einzelne Servituten.

a) Hut- und Weidegerechtigkeit[1]).

§. 145.

Das Recht, auf eines Andern Grundstücke Vieh zum Zwecke der Weide zu treiben, ist nicht immer eine Servitut;

---

der Umstand leicht verleiten konnte, daß für einzelne Puncte dieser Verhältnisse die Servitutenlehre allerdings eine nicht unpassende Analogie darbietet. Noch andere Irrthümer in dieser Richtung bedürfen jetzt keiner Erwähnung.

3) Preuß. Landr. Th. 1 Tit. 22 §. 16—24. Oesterr. Gesetzb. Art. 481. In Sachsen gilt eine Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen; s. Haubold Sächs. Privatr. §. 191. Lübisches Recht I, 8, 2. Brem. Stat. v. 1433, 41: „So war en Borgher sculdeget den anderen umme ene druppen mit slichter claghe, dat se dar nicht vallen schole van rechte, de ander spreke, dat de druppe dar vallen habbe jar und dach odder mer ane rechte bisprake; mach he des also vulkomen, so mach he sine druppen wol beholden."

1) Münter das Weiderecht. 1804. Hagemann Handbuch des Landwirthschaftsrechts. 1807 §. 290—306. Preuß. Landr. Th. 1 Tit. 22

es kann auch der Inhalt der aus der Mitgliedschaft einer Gemeinde entspringenden Berechtigungen oder eines Vorbehaltes des Gutsherrn bei Uebertragung von Nutzungsrechten an seinen Grundstücken sein, welche an sich die Einwirkung des Eigenthümers ausschließen würden. Mehrere dieser verschiedenen Berechtigungen oder mehrere gleichartige Weideberechtigungen verschiedener Subjecte können in Betreff eines belasteten Grundstücks gleichzeitig zusammentreffen, wodurch der Fall der Koppelhut gegeben wird, welcher bei der Beurtheilung der Frage über die Ausübung des Weiderechts von besonderem juristischen Interesse ist [2]). Die wichtigste Art der Weideservitut ist die s. g. Schäfereigerechtigkeit, d. h. die (häufig dem Gutsherrn zustehende) Befugniß, eine Schafheerde auf den in der Gemeindemark liegenden Aeckern weiden zu lassen, mit welcher bisweilen das ausschließliche Recht, einen Hirten zu halten, verbunden ist; dieses Recht hat in verschiedenen Gegenden Deutschlands bald eine größere bald geringere

---

§. 80 — 145. Oesterr. Gesetzb. §. 498 — 502. Cod. Maximil. Bav. P. 2 Cap. 8 §. 13. 14. Haubold Sächs. Privatr. §. 192 flg. Sachse Sächs. Privatr. §. 290 flg.

2) Koppelhut, d. h. gemeinschaftliche Hut Mehrerer auf einem oder mehreren Grundstücken, kann in ganz verschiedener Art vorkommen; es kann nämlich so genannt werden die Concurrenz des Eigenthümers und Servitutberechtigten auf dem Grundstücke des Ersteren (jus compascendi), ferner die Concurrenz mehrerer Servitutberechtigter auf dem Grundstücke eines Dritten (jus compascui), ferner die Concurrenz mehrerer als Gemeindeglieder zur Weide Berechtigter auf Gemeindegrundstücken (jus compasculationis), und endlich die gegenseitige Weideberechtigung Mehrerer auf ihren verschiedenen Grundstücken (jus compasculationis reciprocum). Ob im vorletzten Falle eine wirkliche Servitut oder ein Precarium vorhanden sei, kann nicht durch eine Vermuthung (welche mehrere Rechtslehrer willkürlich bald für das Eine oder Andere aufgestellt haben, wie auch Pr. Landr. a. a. O. §. 135 u. 136), sondern nur durch die gewöhnlichen Beweismittel entschieden werden.

Ausdehnung [3]), und es muß, wenn es bestritten wird, sowohl dessen Dasein als dessen Umfang nach den gewöhnlichen Grundsätzen bewiesen werden.

Der Servitutberechtigte darf, wenn die Zahl des Viehes nicht bestimmt ist, nur so viel auf das belastete Grundstück zur Weide bringen, als mit dem von den berechtigten Grundstücken gewonnenen Futter durchwintert werden kann, bei welchem Maßstabe jedoch der Futterbedarf des übrigen zur Landwirthschaft gehörigen Viehs in Abrechnung gebracht werden muß [4]). Fehlt es an einer Bestimmung über die Art des Viehs, so liegt die einzige Beschränkung des Servitutberech-

---

3) Oft ist damit das ausschließliche Recht, überhaupt Schafe zu halten, verbunden (Schäfereirecht). Im Zusammenhange damit steht das häufig vorkommende Recht des Horbenschlags oder Pferchrecht, wonach Jemand fordern darf, daß die Schafe des Schäfereiberechtigten auf seinen Grundstücken des Düngers wegen lagern; sowohl die juristische Natur dieses Rechts als die des s. g. Stabrechts (d. h. die Befugniß, fremde Schafe durch seinen Hirten weiden und treiben zu lassen) kann nur nach den Verhältnissen des einzelnen Falls beurtheilt werden. Niemals aber sind es Servituten, wie theilweise Eichhorn §. 182 annimmt.

4) Man würde irren, wenn man diesen Grundsatz schon im römischen Rechte finden, und dafür die L. 4 Dig. de servit. praed. rust. (8, 3) anführen wollte. Gewiß ist er rein deutschen Ursprungs, wie z. B. die Fassung des bei Krant §. 135 Note 3 abgedruckten Jülichschen Landrechts v. 1537 (51 §. 1) zeigt. Nicht immer braucht aber (nach der richtigen Ansicht) der Weideberechtigte seine eigenen Thiere zur Weide zu schicken, er kann, wenn er das obige Maß einhält, sein Weiderecht auch ganz oder theilweise durch Andere, z. B. pachtweise, ausüben lassen. S. Hagemann pract. Erörterungen B. 4 Nr. 58. Die Frage über die Gränze der Thierzahl bei einem Weiderechte, welches nicht als Realservitut besteht, beantwortet Hagemann a. a. O. Nr. 55—57. — S. Pr. Landr. a. a. O. §. 90 flg. Oesterr. Gesetzb. Art. 500. — Auch die s. g. ungemessene Schäfereigerechtigkeit wird durch die angegebene Gränze der Zahl der Schafe beschränkt, während bei der gemessenen die Zahl der Schafe schon auf anderem Wege bestimmt ist.

tigten in seiner Verpflichtung, den Weidebezirk gegen die Einwirkung besonders nachtheiliger Thiere zu schonen[5]); auch ist er verbunden, das Vieh durch einen Hirten eintreiben und beaufsichtigen zu lassen. Die Zeit der Weide ist nach Art des belasteten Grundstücks verschieden zu bestimmen; auf Wiesen darf das Weiderecht während der s. g. (durch locales Herkommen oder Uebereinkunft bestimmten) offenen Zeiten[6]), auf Fruchtäckern nach Aberntung der erbauten Frucht und stets auf dem nicht besömmerten Brachfelde[7]), auf Haiden, Leeden und Moorgründen zu jeder Zeit ausgeübt werden. Der Eigenthümer des belasteten Grundstücks ist verpflichtet, alle Handlungen zu unterlassen, welche die Weidegerechtigkeit benachtheiligen würden; er darf daher für sein eigenes Vieh nur die nach Befriedigung des Servitutberechtigten übrig bleibende Weide benutzen, die belasteten Grundstücke nicht in einer Weise umgestalten, bei welcher die Ausübung des Weiderechts entweder geschmälert oder ganz unmöglich gemacht wird[8]), auch

---

5) Hagemann Landwirthschaftsr. §. 297. Pr. Landr. a. a. O. §. 99 und 100.

6) S. Bülow und Hagemann Erörterungen Bd. 3 Nr. 28 (wo auch über den Einfluß neuer Kalenderbestimmungen gehandelt wird). Der offenen Zeit steht gegenüber die geschlossene, welche Ausdrücke jedoch keineswegs bloß von Wiesen gebraucht werden.

7) Die Besömmerung des Brachfeldes steht dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks stets frei, wenn sie der Ortsgebrauch überhaupt gestattet. S. Pr. Landr. a. a. R. §. 116.

8) Der Weideberechtigte hat sich natürlich alle diejenigen Handlungen gefallen zu lassen, welche zur Bearbeitung des Grundstücks in herkömmlicher Weise dienen, wenn sie auch eine ihn benachtheiligende, aber nicht außergewöhnliche Culturveränderung enthalten sollten; davon ist freilich verschieden eine gänzliche Umgestaltung, z. B. die Verwandlung einer Wiese in Ackerfeld. S. Pfeiffer in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 13 S. 165 flg.

darf er die offenen Zeiten nicht willkürlich verkürzen (z. B. durch grundloses Hinausschieben der Ernte).

Die zur Koppelhut auf dem Grundstücke eines Dritten Berechtigten können, wenn sie ihre bei Ausübung des Rechts entstehenden gegenseitigen Beziehungen nicht durch besondere Uebereinkunft geordnet haben, im Zweifel die Koppelhut mit gleichen Rechten und Beschränkungen ausüben. Die bei einer Verschlechterung des Weideplatzes nothwendig werdende Reduction des Viehs trifft die mehreren Berechtigten gleichmäßig [9]).

b) Triftgerechtigkeit.

§. 146.

Das Recht, über das Grundstück eines Dritten Vieh zu treiben, ist der Inhalt der unter dem Namen Triftrecht vorkommenden Servitut [1]). Die Breite des Triftwegs wird, wenn keine Uebereinkunft vorliegt, auch kein unvordenklicher Besitzstand erwiesen ist, durch das Ermessen Sachverständiger nach der Größe der zu treibenden Heerde bestimmt. Da in dem Triftrecht nicht auch das Weiderecht begriffen ist, so ist der Berechtigte zum Ersatz alles durch Abfressen der Frucht auf dem belasteten Grundstücke entstandenen Schadens verbunden, selbst wenn der Verpflichtete sich dagegen nicht durch die Umzäunung seiner Grundstücke sicherte [2]).

---

9) Immer natürlich trifft die Beschränkung zunächst den Grundeigenthümer.

1) S. Hagemann Landwirthschaftsr. §. 307—309.

2) Etwas Anderes ist es natürlich, wenn solche Umzäunungen mit der Verpflichtung, sie zu unterhalten, bestehen; dann hat der Triftberechtigte auf Erhaltung dieses seine Stellung erleichternden Zustands ein Recht.

c) Servituten an Gebäuden.

§. 147.

Die oben (§. 86 und 87) erwähnten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums finden nicht in allen Ländern als solche statt, sondern häufig ist es den Privaten überlassen, durch Bestellung derselben als Inhalt von Servituten ihr nachbarliches Interesse zu wahren. Daher kommen das Leiterrecht, das Hammerschlagsrecht[1]), das Lichtrecht in seinen verschiedenen Bedeutungen[2]) auch als Gegenstände eigentlicher Servituten vor. Wo dagegen diese Beschränkungen schon gesetzlich bestehen, ist es möglich, die Befreiung davon wieder als eine Dienstbarkeit zu gestalten.

d) Servituten an Waldungen.

§. 148.

Unter den Waldnutzungen, welche den Inhalt von Servituten ausmachen können, kommen am häufigsten folgende vor: 1) das Beholzungsrecht, d. h. das durch ein bestimmtes festgesetztes Maß oder den individuellen Bedarf beschränkte Recht, Brenn- oder Bauholz, oder beides zugleich aus eines Anderen Waldungen zu nehmen, und zwar in der Regel nach der Anweisung des Letzteren[1]). 2) Die Mastgerechtig-

1) Verschieden davon das Hammerwurfsrecht, d. h. das Recht, zu verlangen, daß eine Handlung (z. B. das Abmähen von Gras u. s. w.) auf Hammerwurfsweite von einem bestimmten Puncte entfernt vorgenommen werde. S. v. Löw Markgenossenschaften (1829) S. 117.

2) Ebenso bei Feldgrundstücken das Anwenderecht.

1) Ein wirklicher Nießbrauch am Walde wird deshalb regelmäßig einen weiteren Umfang haben, als das Beholzungsrecht. Daß dieses auch eine andere juristische Gestalt, als die einer Servitut haben, z. B. in der Form einer Reallast bestellt sein kann, bedarf kaum der Erwähnung. Der Umfang des Beholzungsrechts ist nicht schon durch

keit, d. h. die Befugniß, Schweine in einen fremden Wald zum Zwecke der Fütterung mit den abgefallenen Eicheln zu treiben[2]); jedoch wird die Ausübung dieser Servitut durch den Ausfall des alljährlichen Eichelfalls bedingt, indem bei bloßer Faselmast, oder s. g. Viertel- oder Sprangmast im Gegensatz der halben, dreiviertel- und vollen Mast, der Waldeigenthümer zur Schließung des Waldes berechtigt ist, oder wenigstens zur Minderung der Zahl der einzutreibenden Thiere[3]). 3) Das Weiderecht in fremden Waldungen, welches an sich das Mastrecht noch nicht mit umfaßt, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über das Weiderecht überhaupt; dem Waldeigenthümer steht die Befugniß zu, bestimmte Theile des Waldes als Schonungen von der Weide auszunehmen, sofern die Forstcultur dieß fordert[4]). 4) Fernere Nutzungen an fremden Waldungen in der Gestalt von Dienstbarkeiten sind die Raff- und Leseholzgerechtigkeit, das Recht auf Windbrüche, das Eichel- und Buchheckerleserecht, das Recht auf das gefallene Laub und die zur Streu dienenden Waldproducte, das Rechts des Kohlenbrennens und Theerschwelens u. s. w. Alle diese Rechte sind der Beschränkung der Forstpolizei unterworfen, und zwar nach dem allgemeinen Zwecke der letztern selbst dann, wenn jene an bloßen Privatwaldungen bestellt sind[5]).

---

den Begriff desselben gegeben, sondern muß im einzelnen Falle nachgewiesen werden.

2) S. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 192.

3) Die Frage, welche Art der Mast in einem bestimmten Jahre vorhanden sei, ist von Sachverständigen unter Zuziehung der Interessenten zu bestimmen.

4) S. Hagemann a. a. O. §. 296. Pfeiffer in der Zeitschrift für deutsch. Recht Bd. 13 S. 195 flg.

5) Die Forstordnungen enthalten daher Bestimmungen über s. g.

Vierter Abschnitt.

Pfandrecht.

Einleitung.

§. 149.

Das Recht eines Gläubigers, sich durch Verkauf einer verpfändeten Sache für eine Forderung zu befriedigen, zeigt seine dingliche Kraft zunächst in der Unterwerfung der Sache, welche im Augenblicke seiner Geltendmachung stattfindet. Aber auch schon vor diesem Stadium seiner Wirksamkeit kann dem Pfandrechte eine unmittelbare Beziehung zur Sache durch besondere Rechtsformen gegeben werden, welche dann dazu dienen, den dinglichen Charakter dieses Rechts durch eine stets sichtbare Verbindung mit dem Gegenstande zu versinnlichen. Diese Richtung hat das deutsche Recht in der eigenthümlichen Ausbildung seines Pfandrechts verfolgt. Sie tritt am meisten hervor in dem Institute der älteren deutschen **Satzung** (Weddeschat, Pfand) an unbeweglicher Habe, welche durch gerichtliche Auflassung begründet wurde, und bis zur Wiedereinlösung durch den Schuldner nicht nur den Besitz, sondern auch den Genuß des verpfändeten Grundstücks, sei es zur allmähligen Tilgung der Schuld oder zum Zinsvortheil, gewährte[1]). Wenn nun auch diese Satzung bald dahin gemildert

---

Holztage, dann über Instrumente, mit welchen das Laub gesammelt werden darf u. s. w.

1) Sächs. Lehnr. Art. 55 §. 8: „— Sal man gut setten, als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die ding plichten to getüge hebbe —.“ S. Albrecht Gewere S. 142 flg. Budde Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 9 S. 433 flg. (gegen v. Madai, der ebendas. Bd. 8 S. 284 flg. die längst widerlegte Ansicht, als läge der Satzung eine wirkliche Eigenthumsübertragung zu Grunde, mit freilich ganz unhaltbaren Gründen vertheidigte). Eine der am letzten

wurde, daß das sichtbare Band des körperlichen Innehabens der Sache einem unsichtbaren weichen mußte, indem die s. g. neuere Satzung bloß in einem durch gerichtliche Auflassung begründeten dinglichen Rechte (Gewere) ohne Besitz und Genuß, aber mit einem Distractionsrechte des verpfändeten Gegenstandes bestand[2]), so blieb doch auch in dieser Rechtsform das Streben nach einer gleich anfangs wirksamen Ergreifung der Sache durch das Pfandrecht erkennbar. Insofern diese neuere Satzung sich von der römischen Hypothek fast nur in der Form der Begründung unterschied, welche nun in Folge der allgemeinen Umgestaltung der alten gerichtlichen Auflassung in die der Eintragung in öffentliche Bücher verwandelt wurde[3]), so lag an und für sich kein Grund vor, die gleiche Berechtigung des römischen Hypothekenrechts neben jener Satzung auszuschließen; aber bald überwog die Wirksamkeit eines

---

sichtbaren Spuren dieser älteren Satzung waren die Reichspfandschaften und der pfandschaftliche Besitz von Territorien überhaupt (vgl. Maurenbrecher Lehrb. §. 257, dessen Auffassung freilich nicht ganz richtig ist). Aber auch außerdem findet sie sich noch häufig unter dem falschen Gewande eines Kaufs auf Wiederkauf. Vgl. jetzt Werenberg im Magazin für hannover. Recht B. 9 S. 253 flg. (1859).

2) Alt. Bayer. Landr. (Heumann p. 112): „wer dem andern pfant antwurt, daz aign oder lehn ist und das pfant dannoch in seiner gewere bleibt und das er es jenem, dem er es gesetzt hat, ze hant nicht unterthänig macht, — da soll er im brief über geben mit seinem insigel — und mit gerichtz insigel.“ Magdeb. Fr. I, 6, 8: „Wirt einem ein erbe vor gericht gesatzt, der hat eine rechte gewere daran (ob jener, der es setzt, nu wol blib in dem erbe).“ Hamb. Statuten R. 1270 I, 14. Albrecht a. a. O. S. 147 und über das Distractionsrecht ebendas. S. 150 flg.

3) Lüb. R. v. 1240 Art. 18: „Set ok jeman sin erbe dem andern vor schult, he schal it eme setten vor deme rade, de settinge blift stede.“ Alt. Bayer. Landr. (Heumann p. 150): „wer erb und aigen ze pfant wil setzen, der sol das thun vor gericht in offner schranne und das sol man schreiben in das gerichtbuch.“

mit der alten Form bestellten Pfandrechts die Kraft jedes andern, und es war ein im Interesse des Realcredits gebotener Fortschritt der neueren Zeit, daß man in dem Institute der Hypothekenbücher die materielle Existenz des Pfandrechts selbst in die Form verlegte, welche ursprünglich nur eine Versinnlichung seiner schon jetzt bestehenden, wenn auch erst in der Distraction des Pfandes hervortretenden Wirksamkeit sein sollte.

Noch sichtbarer tritt diese Neigung zur Versinnlichung der Verbindung des Pfandrechts mit der Sache in der alten Satzung an beweglicher Habe hervor [4]), welche durch Uebereinkunft, Pfändung und Gebot des Richters entstehen konnte. Sie übertrug immer den Besitz des Pfandes, durch welchen der Pfandgläubiger, obschon kein Recht des Gebrauchs, doch eine Haftpflicht für den Untergang der Sache wenigstens mit seiner Forderung [5])

---

4) S. Albrecht a. a. O. S. 130.

5) Ueber diesen merkwürdigen Grundsatz vgl. Albrecht a. a. O. S. 134 und besonders Budde S. 421 (weniger befriedigend sind die Ausführungen von Förster Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 9 S. 122 flg. und Trummer Vortr. üb. merkw. Erschein. in d. Hamb. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 130 flg.). Dieser Satz, wie er sich besonders in Sspl. III, 5 §. 5 (stirft aber en perd oder ve binnen sattunge ane jenes scult, de it under ime hevet, bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun, he ne gilt is nicht: he hevet aver verloren, dar it ime vore stunt, ir gelovede stünde den anderes") und in allgemeinerer Fassung in den Magdeb. Schöffen-Urth. I, 6, 6 („darf der man, dem das pfand versatzt ist, auf den heiligen schweren, das das pfand ohn seine verwahrlosung verbrennet oder verloren sei, so soll der schade ir beider schade sein, also das er sein geld daran verloren habe und jener die besserung des pfandes") ausspricht, ist eine Milderung der aus dem deutschrechtlichen Principe über die Haftung für den Zufall in Vertragsverhältnissen den Pfandbesitzer treffenden Verbindlichkeit zum Tragen des Zufalls. Es ist merkwürdig, daß die Gründe dieser Principien (vgl. Augsb. Stadtr. bei Walch Beitr. IV S. 217. Budde a. a. O. S. 419 flg.) sich einmal wenigstens als Motiv einer an sich ver-

übernahm. Die Distraction des Pfandes mußte gerichtlich geschehen[6]).

1) Pfandrecht an Immobilien.

a) Aelteres Hypothekenrecht.

§. 150.

Im Anschluß an das ältere deutsche Recht fordern die Statuten und Landesgesetze zur Entstehung einer Hypothek an Grundstücken die Eintragung (Ingrossation, Intabulation) derselben in die öffentlichen Grund- und Pfandbücher, ohne jedoch diesem Acte überall eine gleiche Wirksamkeit beizulegen. Während manche[1]) diese Eintragung als eine nothwendige Bedingung der Entstehung des Pfandrechts aufstellen, jedoch ohne dieselbe auch auf die gesetzlichen Pfandrechte des römischen Rechts auszudehnen, gewähren ihr andere nur die Bedeutung, den so bestellten Conventionalhypotheken, bisweilen auch den gesetzlichen und richterlichen, einen Vorzug vor den nicht ein-

---

schiedenen Entscheidung im römischen Rechte berührt finden, nämlich Institut. III, 14, 4.

6) S. Albrecht a. a. O. S. 133.

1) Churfächs. Proceßordnung von 1622. Tit. 44—47. Haubold Sächs. Privatr. §. 202—210. Sachse Handb. des Sächs. Privatr. §. 313—323. Hannöversche Verordn. v. 17. Aug. 1739 (Corp. Const. Calenb. T. II p. 897); Cod. Max. Bavar. II, 2 §. 9. (S. Kreitmayr Anm. zu dieser Stelle.) Consequenterweise mußten damit die conventionellen Generalhypotheken wegfallen, und insofern wurde schon damals das Princip der Specialität anerkannt. S. d. Erläuterte S. Proceß-Ordn. ad tit. 44 §. 1 und das Ulmer Stadtr. v. 1683, IV, 1 Art. 5 (vgl. Gönner Commentar über das Hypothekenges. für das Königreich Bayern Th. 1. 823 S. 29 flg.). Ueber das mecklenburgische Hypothekenrecht s. Beseler in der Zeitschr. für deutsches R. Bd. 10 S. 105 flg. Die beste Darstellung eines lehrreichen Beispiels der Verwirrung dieses Hypothekenrechts giebt Wächter Handb. d. Würtemb. Pr.-R. I S. 549 flg.

getragenen zu geben[2]; nach beiden Systemen wird aber in jedem Falle weder die Kraft der gesetzlichen privilegirten Pfandrechte, noch die gleiche Berechtigung einer aus öffentlichen Urkunden ersichtlichen gesetzlichen Hypothek selbst mit den eingetragenen Pfandrechten geschmälert[3]. Die Eintragung erfolgt auf Antrag[4] des Verpfänders bei dem competenten Gerichte, welches da, wo die Ingrossation nicht nach Personen, sondern nach Grundstücken geschieht, das der belegenen Sache ist; der Richter verfügt sie nach vorgängiger Prüfung der Richtigkeit des zu Grunde liegenden Geschäfts, der Dispositionsfähigkeit des Antragstellers und bisweilen auch der Zulänglichkeit der Hypothek[5].

b) Das neueste Hypothekenrecht.

§. 151.

Die neuesten Hypothekengesetze[1] realisiren im Interesse des Realcredits die ganze Consequenz der nur annäherungs-

---

2) Hamburg. Stat. II, 4, 4 und II, 5, 1. Lüb. R. III, 4, 1 (vgl. Mevius Commentar. ad jus Lub. zu dieser Stelle). Car. Frid. Walch de juribus creditorum inscriptorum in dessen Opusc. T. III p. 435 sq. Grefe Hannöv. Privatrecht 2. Abth. S. 361 flg. Kamptz mecklenb. Civilrecht S. 308.

3) A. M. Glück Pandectencommentar Bd. 18 S. 291.

4) Ueber die Art dieses Antrags, besonders im Gegensatze einer bloßen Vertragsanmeldung s. Bülow und Hagemann Erörter. Bd. 4 S. 301 flg.

5) S. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 304. — Die Löschung der Hypothek bewirkt je nach der Verschiedenheit der Wirkung, welche der Ingrossation beigelegt war, Aufhebung des Pfandrechts überhaupt, oder nur des Vorzugs.

1) Preuß. Landr. Th. 1 Tit. 20 und Preuß. Hypothekenordnung v. 20. Dec. 1783 (Berlin 1784). Oesterr. Gesetzb. Art. 447—471. Bayrisches Hypothekengesetz v. 1. Jun. 1822 (nebst der Prioritätsordnung). Commentar darüber von Gönner 2 Bde. 1823—24. Wür-

weise in den älteren Pfandordnungen erstrebten Grundsätze der Publicität[2]) und Specialität der Pfandrechte; jene, indem nur Hypotheken gelten, welche in das auch alle sonstigen auf das verpfändete Grundstück bezüglichen Rechtsverhältnisse[3]) enthaltende Hypothekenbuch eingetragen sind,

---

temberg. Pfandgesetz v. 15. April 1825 (Weishaar Würtemb. Privatr. Bd. 2 S. 103 flg. Comment. v. Mayer 1825. Bolley Bemerkungen zum Pfandgesetze u. s. w. 3 Bde. 1827—29). Weimarische Hypothekenordnung v. 6. Mai 1839 nebst Instruction v. 12. Mai 1841. Königl. Sächs. Hypothekenges. v. 6. Nov. 1843 nebst Verordn. v. 15. Febr. und 26. Dec. 1844 (Commentar darüber von Heyne. Leipzig 1845). Eine Zusammenstellung s. bei Mittermaier im Archiv f. civ. Praxis Bd. 18 S. 149 flg. 431 flg., Bd. 19 S. 126 flg., Bd. 28 S. 422; ferner im Bd. 33 u. f. Vergl. über das System überhaupt Lührsen in der krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtsw. Bd. 1 S. 243 flg. (1859).

2) Das Hypothekenbuch wird daher Jedem, der ein Interesse nachweist, zur Einsicht gewährt, und alle Handlungen, welche im Vertrauen auf das darin Enthaltene vorgenommen werden, sind durch die Haftpflicht der Hypothekenbehörde geschützt, Bayr. Hypoth.-Ges. §. 25. Diese bestimmt sich nach dem Umfange der dem Buchführer in den einzelnen Gesetzen aufgelegten Verbindlichkeiten, und findet bei wirklich eingetretenem Schaden statt wegen aller durch Vorsatz oder Nachlässigkeit geschehenen Verletzungen jener Pflichten.

3) Das Pfandbuch enthält namentlich eine genaue Angabe des Besitztitels und der sonstigen dinglichen Verhältnisse des Grundstücks, z. B. dauernde Lasten. Jedes Grundstück hat im Hypothekenbuche sein eigenes Blatt, auf welchem in verschiedenen Rubriken dieser Umstände Erwähnung geschieht. Ein anderes, mangelhafteres System haben die Particularrechte, welche das Hypothekenbuch nach Personen einrichten. Daneben besteht regelmäßig noch ein Hülfsbuch (Ingrossationsbuch), welches die Originalurkunden für jene Einträge enthält. Pr. Hypoth.-Ordn. I §. 40—67. Puchta Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. 9 S. 159 flg. Die Natur der Hypothekenbücher, als der sichersten öffentlichen Urkunden über die Beschaffenheit und rechtlichen Verhältnisse jedes einzelnen Grundstücks, bringt es mit sich, daß man ihre Bedeutung über die Sphäre des Pfandrechts ausdehnt, und überall, wo man die Entstehung eines sonstigen dinglichen Rechts an die Eintragung in öffentliche Grundbücher knüpft, allmählig dazu allein die Hypothekenbücher

mithin alle stillschweigenden Pfandrechte wegfallen; diese, indem nur Hypotheken auf einzelne Grundstücke und für bestimmte Summen[4]) eingetragen werden, so daß die Generalhypotheken gänzlich beseitigt sind[5]). Nach diesem Systeme entsteht eine Hypothek allein durch die Eintragung in das Hypothekenbuch[6]); alle ehemaligen Entstehungsgründe haben, wenn den gesetzlichen nicht überhaupt jede Wirksamkeit entzogen ist, nur die Bedeutung von Pfandrechtstiteln, nach welchen die Eintragung gefordert werden kann[7]). Die Eintragung kann aber verhindert oder wirkungslos gemacht werden durch eine im Hypothekenbuche bemerkte Protestation Dritter[8]); sie kann schon im Voraus gewahrt werden durch Vormerkung der schon bestehenden, aber noch nicht mit allen Formen versehenen Forderungen der Gläubiger[9]); in beiden Fällen genügt eine Bescheinigung der angeblichen Ansprüche. Eine Hypothek erlischt nach diesem Systeme durch Löschung des Eintrags aus

---

benutzen wird. Diese Ausdehnung ist aber mehr eine Zweckmäßigkeitsmaßregel, als die Begründung eines neuen sachenrechtlichen Princips. — Ueber den legislativen Gesichtspunct vgl. Wächter Erörterungen 1. Bd. 1. Heft S. 217 flg.

4) Bayr. Hypoth.-Ges. §. 19.

5) Bayr. Ges. §. 11. Generalhypotheken würden sich, wenn sie bestellt sind, sofort in so viele Specialhypotheken verwandeln, als einzelne Grundstücke verpfändet sind.

6) Diese erfolgt immer nach Vernehmung des Pfandschuldners, es müßte denn das Schuldbocument eine gerichtlich beglaubigte Intabulationsclausel enthalten (Pr. Hypoth.-Ordn. §. 146 flg.), in welchem Falle die nochmalige Recognition und Erklärung des Schuldners überflüssig ist. Uebrigens ist die Art der erforderlichen Prüfung particularrechtlich je nach der Stellung des Buchführers verschieden bestimmt.

7) Pr. Landr. I, 20 §. 2, 6—10.

8) Bayr. Hypothek.-Ges. §. 28.

9) Bayr. Ges. §. 30. In solchen Fällen tritt dann die Hypothek, wenn alle Hindernisse ihrer Eintragung gehoben sind, in die Stelle, in welcher sich die Vormerkung befindet.

dem Hypothekenbuche; sie geht auf Dritte über durch Einzeichnung des übertragenden Geschäfts, z. B. der Cession. Verjährung der Pfandklage ist dagegen kein Aufhebungsgrund der Hypothek [10]), und Tilgung der Forderung giebt nur einen Titel zur Löschung. Die Rangordnung der einzelnen Hypotheken bestimmt sich allein nach dem Datum der Eintragung [11]). — Indessen sind diese Principien und ihre Consequenzen von den neueren Particulargesetzen keineswegs in einer durchweg übereinstimmenden Weise verwendet worden, und die Schwierigkeit ihrer Durchführung im Einzelnen hat schon jetzt eine Menge von Zweifeln und Streitfragen veranlaßt, welche jedoch nur aus dem particulären Rechte entschieden werden können.

Neben diesem bloß auf Sicherung des Realcredits gerichteten Hypothekensysteme hat sich lediglich zum Zwecke der leichteren Realisirung des im Grundeigenthume enthaltenen Capitals eine Form der Hypothek ausgebildet, welche dem Pfandrechte an unbeweglichen Sachen die Flüssigkeit beweglicher Werthgegenstände verleiht. Dieß sind die Papiere auf den Inhaber mit Realsicherheit, d. h. Pfandscheine, welche jeden Inhaber als Pfandgläubiger legitimiren und zur Erhebung der für die darin genannte Forderung versprochenen Zinsen berechtigen. Ihre Sicherheit liegt in dem Umstande, daß die Pfandschuld nur einen Theil des durch öffentliche Schätzung herausgestellten Werths des verpfändeten Guts erreicht, und unter öffentlicher Auctorität Sorge getragen wird, daß dieser Werth nicht durch willkürliche Handlungen der Eigenthümer verringert wird. Solche Pfandscheine sendet nicht bloß der Staat für die von ihm contra-

10) Pr. Landr. a. a. O. §. 534. Bayr. Ges. §. 32.

11) Inconsequent würde es sein, wenn man hier noch Pfandprivilegien zulassen wollte, was aber doch hie und da geschieht.

hirten Anlehen aus, sondern auch sowohl einzelne als in landschaftliche Creditvereine[12]) zu diesem Zwecke zusammentretende Private sind zu ihrer Ausstellung berechtigt. Die Pfandscheine unterliegen übrigens den allgemeinen Grundsätzen der Papiere auf den Inhaber und unter Umständen der Staatspapiere überhaupt[13]).

Die Natur des Hypothekenrechts selbst wird im Allgemeinen auch bei dem System der Hypothekenbücher nach den Grundsätzen des römischen Rechts bestimmt; insbesondere gilt in der Regel auch jetzt noch das Hypothekenrecht als ein accessorisches Recht, sodann der Grundsatz, daß der jüngere Hypothekargläubiger bei dem Ausfall früherer Hypotheken aufrückt. Einige Hypothekengesetze weichen aber darin insofern principiell ab, als sie das Hypothekenrecht zu einem selbständigen, von der Forderung ganz unabhängigen Vermögensrechte machen. Hiernach rücken die späteren Gläubiger nicht in die leer gewordene Stelle des früheren Hypothekargläubigers, sondern es bleibt dieselbe offen, so daß der Eigenthümer weiter darüber verfügen kann; nach manchen Rechten kann er das Gleiche wenigstens dadurch erreichen, daß er sich selbst als Hypothekargläubiger eintragen läßt[14]).

---

12) S. Bluntschli Rechtsgeschichte von Zürich 2, 224 flg. Westpreuß. Landschafts-Reglement vom 19. April 1787. Ostpreuß. Landschafts-Reglement v. 16. Febr. 1788 (bei Mylius Corpus Constit. Brandenburg.). Statuten des ritterschaftlichen Creditvereins für das Herzogthum Bremen v. 17. Jan. 1826. Bayr. Ges. v. 11. Sept. 1825. In gewisser Hinsicht gehören hierher auch die Bremer Handfesten.

13) Darüber vgl. das Obligationenrecht.

14) Am weitesten in dieser Beziehung geht die mecklenburgische revidirte ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 16. Ich vermag darin in der That aber keinen Fortschritt, sondern mehr eine Entartung des Hypothekeninstituts zu erblicken, welche weder juristisch noch ökonomisch genügend gerechtfertigt erscheint.

2) Pfandrecht an Mobilien.

§. 152.

An beweglichen Sachen, deren Natur einen Ersatz des Pfandbesitzes durch Ingrossation ausschließt, kann auch nach vielen neueren Pfandgesetzen nur ein Faustpfand bestellt werden[1]). Auch ist die gerichtliche Mitwirkung bei der Versteigerung solcher Pfänder wenigstens theilweise durch die Praxis aus dem ältern deutschen Rechte beibehalten worden[2]), wogegen die Grundsätze desselben über die Haftpflicht des Pfandgläubigers aus dem neueren Rechte verschwunden sind[3]).

---

1) Die älteren Pfandgesetze erkennen die Beschränkung auf das Faustpfand bei Mobilien nur in Betreff der vertragsmäßigen Pfandrechte an, schon weil sie das römische Recht mit seinen stillschweigenden Pfandrechten zulassen. S. Ortloff Grundz. S. 410 Not. 114. Die neuesten Hypothekenordnungen dagegen (Oesterreich. Gesetzb. §. 451, Pr. Landr. I, 20 §. 6—10, Bayr. Hypoth.-Ordn. I §. 3, Würtemb. Pfandges. Art. 245—259) gestatten eine Hypothek consequenter Weise nur an unbeweglichen Sachen.

2) Glück Pandecten Bd. 19 S. 401. — Die eigenthümlichen Bestimmungen über Pfandbestellungen unter Kaufleuten wegen Handelsforderungen s. im deutschen H.-G.-B. Art. 309 flg.

3) Eichhorn Einl. §. 122 Not. a. — Die Privilegien der Leihhäuser (s. Marberger montes pietatis, oder Leihassistenz und Hülfshäuser, Leihebanquen und Lombards mit Anm. v. Justi. 1760), nämlich die Befugniß, ein auch vom Nichteigenthümer verliehenes Pfand dem Eigenthümer nur gegen Zahlung der geliehenen Summe heraus geben zu brauchen u. s. w., berühren nicht das eigentliche Wesen des Pfandrechts.

Zweites Buch.

Die Rechte an Handlungen.

Erstes Capitel.

Von den Forderungsrechten überhaupt.

Allgemeines.

§. 153.

Die Obligationen sind die rechtlichen Formen des menschlichen Verkehrs. Sie haben Handlungen der Personen zum Gegenstande; schon durch die Natur dieses Gegenstands sind sie den Rechten an Sachen gegenübergestellt, indem eine Ausübung für sie regelmäßig eine Vernichtung, für diese nicht einmal eine Abschwächung enthält. Diese Verschiedenheit betrifft die innere Kraft und Wirksamkeit beider Rechte; sie unterscheiden sich aber auch ferner durch ihre äußere Stellung, durch die Besonderheit ihrer Motive und Grundlagen im Volksleben. Die Auffassung der letzteren führt zur Erklärung des eigenthümlichen Charakters der Entwickelung jener Rechtsformen in Deutschland.

In der Anknüpfung der meisten Interessen des innern und äußern Lebens an das Grundeigenthum, wie sie bei den germanischen Völkern in der Zeit ihrer Jugend hervortritt, lag der Grund jener Isolirung des Individuums, welche dem

Zustande unentwickelten Verkehrs eigen und der Erzeugung eines über die einfachsten obligatorischen Beziehungen hinausschreitenden Forderungsrechts ungünstig ist. Dadurch erklärt es sich, warum gerade dieser Rechtstheil eine weit dürftigere Ausbildung als das Sachenrecht in den Quellen des Mittelalters empfangen hat. Ohne Rücksicht auf die specifische Eigenthümlichkeit der einzelnen Fälle wird die Geltendmachung persönlicher Rechte vom verschiedensten Inhalte meistens in derselben unbestimmten Form der „Klage um Schuld" in den mittelalterlichen Rechtsbüchern dargestellt[1]). Die Statutarrechte enthalten zwar eine Menge von einzelnen Bestimmungen über Forderungsrechte, aber selten erheben sie sich über eine dürftige Casuistik und schließen sie sich zu principiellen Gestaltungen zusammen.

---

1) Dieß erhellt z. B. deutlich aus dem Richtsteig Landr. Cap. 6 „von schulde", wo sich ein Versuch der Classification der Schulden findet: „Schuld heisset darumb, das einer dem andren schuldig ist zu thun ader pflichtig wird. Das kumt von viererley weis: Zum ersten kumpt es von borgen, also ob man einem andren icht selber zu borge thut. Zum andren kumpt es von gelubde, das ist also, das einer des andern burge wirt. Das dritt ist von erbs wegen, also wenn man das erb beschuldigt um des toten schuld. Zum vierten kumpt es von unterwinden, also sich einer unterwindet, dat eyn ander seget, he sy eme pflichtig wedder to rumen. Nun wisz, wer den andren beschuldiget umb ein benannt gelt, fragstu des, er musz dichs berichten von recht und sagen, von welcher sache unter diesen vieren er dir's schuldig sey" (vgl. Sachsenspiegel III. 41 §. 4). Aus dieser rein der processualischen Einlassung wegen angestellten Classification ersieht man, welche verschiedenartigen Verhältnisse damals unter dem farblosen Begriffe schulden zusammengefaßt wurden. Vergl. Haltaus Glossar. s. v. schuld. Richthofen friesisch. Wörterb. s. v. skelde. — Die Bestimmungen des germanischen Rechts über Obligationen sind fleißig zusammengestellt von Warnkönig in seiner und Stein's französischer Rechtsgeschichte Bd. 2 (1848) S. 515 flg., ferner bei Walter deutsche Rechtsgesch. §. 556 flg, jetzt bei Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts 1855.

So wie nun die Aufnahme des römischen Obligationenrechts schon durch den Einfluß des Umstands erleichtert werden mußte, daß die Bestimmung der allgemeinen Principien zur rechtlichen Beurtheilung der Verkehrsformen weit weniger als die der übrigen Rechtsstoffe durch die Besonderheit eines speciellen Volkscharakters bedingt ist[2]), so mußte dieß noch mehr geschehen durch die kunstreiche Ausbildung des fremden Rechts gegenüber dem Mangel einer ausgesprochenen Individualität auf diesem Gebiete im deutschen Rechte. So ist es gekommen, daß heutzutage die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts fast ausschließlich aus dem wenig modificirten römischen Rechte entlehnt werden.

§. 154.

Wenn so die allgemeinen Principien des Obligationenrechts bei der Unabhängigkeit derselben von besonderen Volkszuständen leicht aus dem fremden Rechte entlehnt werden konnten, so war dieß nicht in gleicher Weise bei den Grundsätzen über die einzelnen Obligationen möglich, deren Zahl ja ohnedieß nicht begränzt ist, sondern durch die wechselnden Bedürfnisse des Verkehrs bestimmt wird. Ein großer Theil der letzteren beruht auf individuellen Neigungen, Zuständen, wie sie jedes Volk in seinem Schooße selbstständig erzeugt. Solche Voraussetzungen waren auch für das deutsche Recht sowohl in älterer als in neuerer Zeit vorhanden, und namentlich hat die Gegenwart durch die jetzige Gestaltung des gewerblichen Lebens einen reichen Zuwachs an neuen Grundlagen einzelner Obligationsarten erhalten. Die hierauf beruhenden Rechtsbildungen konnten in der Regel leicht der

2) Die Grundsätze des Obligationenrechts im Allgemeinen bewegen sich in einer von allen örtlichen und particulären Einwirkungen freien, kosmopolitischen Sphäre.

Reihe der dem römischen Rechte bekannten Forderungsarten angefügt werden, indem ihre Eigenthümlichkeit sich entweder als eine bloße Modification der letzteren, oder mit dem Charakter zwar selbstständiger, aber doch gleichartiger Institute geltend machen ließ. Diese Art der juristischen und systematischen Auffassung der deutschen Forderungsrechte wurde erst möglich, nachdem die Natur der Obligationen überhaupt durch die Kenntniß des römischen Rechts eröffnet worden war. Viele obligatorische Verhältnisse des deutschen Rechtslebens gestatteten sofort eine unmittelbare Anwendung der dadurch gewonnenen Principien, bei andern bedurfte es erst zur Darstellung ihrer privatrechtlichen Natur einer Ablösung fremdartiger, namentlich publicistischer Elemente, mit denen sie im Mittelalter verbunden waren[1]).

Die hervortretendsten neueren Erscheinungen auf diesem Gebiete sind aber die auf den Handel bezüglichen Obligationen. Ihr Charakter ist größtentheils kein ganz origineller, sondern sie sind meistens nur Umbildungen schon bestehender Rechtsinstitute, welche durch Erweiterung und eigenthümliche Combination zum Gebrauche für die beweglichsten Lebensverhältnisse passend gemacht wurden; ihr Bildungsprincip liegt in einer den Bewegungen des Rechtslebens entsprechenden formellen Fortbildung der vorhandenen Rechtsstoffe. Mehr als in irgend einem andern Rechtstheile bethätigt sich hier eine gemeinsame Rechtsüberzeugung des deutschen Volks[2]), weil

1) Dahin gehört die ganze Familie der Reallasten und Realrechte nach der Anschauung derselben im Mittelalter. Bei ihrer heutigen Beurtheilung kann nur ein aus dem heutigen Rechtssystem entnommener Maßstab entscheiden. Vgl. meine Bemerkungen in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern Bd. 2 S. 35—42.

2) Die letzte Quelle derselben sind freilich nicht immer deutsche, sondern gar häufig nur französische Anschauungen.

die Principien des Handelsrechts sich auf Unternehmungen beziehen, deren Wirksamkeit durch keine territoriale Begränzung gebunden ist; durch das deutsche Handelsgesetzbuch hat sie zuletzt auch ihren formellen Abschluß erhalten.

§. 155.

Wenn bei der Classification der dem deutschen Rechte bekannten Obligationsarten die rein menschliche Betrachtung der verschiedenen Verkehrsrichtungen, welcher sie angehören, entscheiden könnte, so würde die ganze Masse derselben am natürlichsten in drei Classen zerlegt werden, nämlich in die Obligationen des allgemeinen, des Handels[1]) und des son-

1) Literatur und besondere Quellen des Handelsrechts: Benvenuti Stracchae — de mercatura, cambiis, — navibus — decisiones et tractatus varii. Nov. ed. Amstel. 1669. Casaregis discursus legales de commercio. 2 Bde. Florent. 1719 (2. Aufl.). v. Martens Grundriß des Handelsrechts. 1820 (3. Aufl.). Bender Grundsätze des deutschen Handelsrechts. 2 Bde. (1824 und 1828). Pöhl's Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts. 4 Bde. (1828—34). Fischer Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts mit Ausschluß des Wechsel- und Seerechts (1828). H. Thöl das Handelsrecht Bd. 1. 4. Aufl. 1862. Bd. 2. 1848. Brinckmann Lehrbuch des Handelsrechts u. s. w. 1853, ergänzt durch Endemann 1860. Pardessus cours de droit commercial 6 Tom. 1856 (6. Aufl.). Heise's Handelsrecht 1858. Gad Handb. des allg. deutschen Handelsr. 1. Thl. 1863. — Archiv für das Handelsrecht herausg. v. einigen Hamburg. Rechtsgelehrten. 2 Bde. (1818 und 20). Zeitschrift für das Handelsrecht von Gelpke, 3 Hefte (1852 und 53). Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausg. von Goldschmidt, seit 1853 (bis jetzt fünf Bde.). Neues Archiv für Handelsrecht von Voigt (Heinichen) und Heineken (seit 1858). Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts von Busch 1. Band 1863. Auch das Archiv für Wechselrecht von Tauchnitz und Siebenhaar ist jetzt zugleich ein Archiv für „Handelsrecht". — Die Quellen des deutschen Handelsrechts waren (abgesehen von den in den Hamburger und Lübecker Statuten, der Nürnberger Reformation u. s. w. enthaltenen Bestimmungen) großentheils einzelne Markt-, Meß-, Wechsel-, Assecuranz- u. s. w. Ordnungen. Nur das

stigen gewerblichen Verkehrs, und jeder einzelnen dieser Classen würde eine Theorie der gemeinsamen Eigenthümlichkeiten der in derselben enthaltenen Vermögensrechte vorangehen.

Pr. Landr. II, 8 §. 475—2464 behandelte das ganze Handelsrecht in systematischer Vollständigkeit. Außerdem galt noch in den deutschen Ländern französischen Rechts der Code de commerce und dieser mit vielen Modificationen in Baden als Anhang zum Landrecht. (Ueber die ausländischen Handelsrechtsquellen, welche nach der Natur dieses Rechts hier von ganz besonderer Wichtigkeit sind, siehe Thöl a. a. O. Bd. 1 S. 30 flg.) Eine neue umfassende Quelle des Handelsrechts ist für Deutschland in dem deutschen Handelsgesetzbuche erwachsen, welches aus den Berathungen und Beschlüssen einer durch Bundesbeschluß vom 18. Dez. 1856 zusammengerufenen Commission hervorgegangen ist. Diese Commission trat am 15. Januar 1857 zu Nürnberg zusammen, übersiedelte später zur Feststellung des Seerechts nach Hamburg, und kehrte schließlich behufs der 3. Lesung der vier ersten Bücher nach Nürnberg zurück, welche auch am 12. März 1861 vollendet wurde. Die hauptsächlichste Grundlage des Gesetzbuchs bildete ein preußischer Entwurf. Es ist seitdem in den meisten deutschen Staaten als Gesetz publicirt worden, und ist zu hoffen, daß die wenigen zur Zeit noch im Rückstand befindlichen mit der Publication nachfolgen werden. Alsdann wird es als materiell gemeines Recht in ganz Deutschland gelten, denn ein formell gemeines Recht ist es nicht, weil es nur als übereinstimmendes Particularrecht zur Geltung gekommen ist. Als ein hauptsächliches Hülfsmittel der Interpretation sind abgesehen von den Motiven des Preuß. Entwurfs die Sitzungsprotocolle anzusehen, welche seit 1861 auch in einer besonderen Handausgabe von Lutz herausgegeben werden. Als Commentar ist besonders hervorzuheben der von F. v. Hahn (1. Bd. 1862) begonnene. — Das Handelsrecht konnte im System des deutschen Privatrechts nicht so behandelt werden, daß alle diesem Begriffe angehörenden rechtlichen Erscheinungen ihren Platz erhielten. Dieß ist Sache der monographischen Behandlung, welche nicht bloß die auf deutschrechtlichen Quellen beruhenden Rechtssätze berücksichtigt, sondern auch das gerade hier so unendlich ergiebige römische Recht ausbeutet. Nur im Zusammenhange mit den vollständigen Instituten ist es wissenschaftlich ausführbar, auch die vereinzelten Bestimmungen des 4. Buchs des H.=G.=B. über Abschluß, Erfüllung und Wirksamkeit, sowie über den Inhalt des Parteiwillens bei Obligationsverhältnissen darzustellen. Eine solche Gesammtdarstellung der auf den Handelsverkehr Bezug habenden

So ist man in der That gewohnt, die Stoffe zu vertheilen und sich der Gestaltung der Lebensverhältnisse anzuschließen; auch läßt sich gegen die wissenschaftliche Berechtigung monographischer Zusammenfassungen dieser Art, zumal des Handelsrechts, Nichts einwenden. Anders stellt sich die Aufgabe in einem allgemeinen System des Privatrechts; hier kann nur der aus der juristischen Betrachtung der Rechte überhaupt hervorgehende Gesichtspunct entscheiden, welcher nicht durch die

---

Rechtssätze und Rechtsinstitute (und zwar nicht bloß der privatrechtlichen, sondern auch der mit dem Privatrecht in Verbindung stehenden gewerbspolizeilichen Vorschriften) wird nicht bloß durch das Bedürfniß, sondern auch durch die innere Einheit derselben wissenschaftlich gerechtfertigt, wie dieß das treffliche Thöl'sche Handelsrecht beweist, dessen Kampf gegen die Herrschaft der Phrase ein unvergeßliches Verdienst bleiben wird.

Quellen und Literatur des Seerechts insbesondere: 1) die neueren Seerechte s. bei Jacobsen Seerecht Einl. S. XLI flg. Kraut Grundr. S. 504 flg. Hierzu kommt nun das fünfte Buch des deutschen Handelsgesetzbuchs, welches an Ausführlichkeit, Umsicht und Berücksichtigung der modernen Entwickelung des Seewesens alle frühern legislatorischen Versuche weit übertrifft. 2) von den älteren Seerechten sind bemerkenswerth: das Consulat der See (Privatsammlung alter Seegebräuche in romanischer Sprache aus d. 14. Jahrh.), Wisbysches Seerecht (Privatsammlung in plattdeutscher Sprache aus dem 15. Jahrh.), Hanseatisches Seerecht (Recesse der Hanse, besonders der von 1614), Guidon de la mer (Privatarbeit aus d. 16. Jahrh., Grundlage der Ordonanze de Louis XIV touchant la marine v. 1681), das Oleronensische Seerecht (Privatarbeit, bestehend aus 4 ganz verschiedenen Bestandtheilen aus dem 11—16. Jahrh.) s. g. Rhodische Seegesetze (3 sehr alte, aber wahrscheinlich nicht Rhodische auf das Seewesen Bezug habende Stücke). Alle diese Quellen sind am besten gedruckt bei Pardessus Collection de lois maritimes anterieures au 18. siecle. VI Vol. Paris. 1828—39. 4. — Jacobsen Seerecht des Friedens und des Kriegs in Bezug auf die Kauffahrteischifffahrt. Altona, 1815. Pardessus cours de droit commerc. III. Pöhl's Seerecht 4 Thle. 1830—33. v. Kaltenborn Grundsätze des practischen europäischen Seerechts u. s. w. 2 Bde. 1850 u. 1851. Nizze das allgemeine Seerecht der civilisirten Nationen u. s. w. 1. Band. 1857.

zunächst nur den thatsächlichen Grundlagen des Verkehrs angehörenden Momente bestimmt wird.

Hiernach ergiebt sich die Anordnung des Folgenden, indem zunächst die deutschrechtlichen Eigenthümlichkeiten in Betreff der allgemeinen Theorie der Forderungsrechte, dann die Theorie der einzelnen Obligationen nach der Maßgabe ihres juristischen Inhalts behandelt werden sollen, ohne Rücksicht darauf, welchem besonderen Geschäftskreise sie ausschließlich angehören [2]).

2) Es kann indessen nicht unerwähnt bleiben, daß der Begriff „Handelsgeschäft" durch das D. H.-G.-B. eine abgeschlossene juristische Bedeutung erhalten hat. Er wird zunächst bedeutend, indem durch ihn der Begriff „Kaufmann" bestimmt wird (A. 4). Sodann dadurch, daß auf Handelsgeschäfte die Bestimmungen des H.-G.-B., wo sie diese Richtung haben, überhaupt, insbesondere aber die des 4. Buches Anwendung leiden, und zwar entweder unterschiedslos auf beide dabei betheiligte Contrahenten, oder nur auf denjenigen Theil, für welchen das Geschäft ein Handelsgeschäft ist (A. 277). Eine Zusammenstellung dieser besonderen Bestimmungen giebt Thöl Handelsr. 4. Aufl. § 62b. Man muß nun nach dem H.-G.-B. unterscheiden 1) Handelsgeschäfte, welche dieß absolut sind (A. 271), 2) Handelsgeschäfte, welche dieß nur sind, wenn sie gewerbmäßig betrieben werden (A. 272), 3) Handelsgeschäfte, welche dieß nur deshalb sind, weil sie zum Betriebe eines kaufmännischen Gewerbes gehören (A. 273). Zu bemerken ist noch: für die Eigenschaft der von einem Kaufmann abgeschlossenen Verträge als zu seinem Gewerbe und mithin zu den Handelsgeschäften gehörig streitet die Vermuthung (A. 274); Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte (A. 275), ebensowenig Geschäfte aus der Sphäre des bloßen Handwerksbetriebs, welche abgesehen hiervon Handelsgeschäfte sein würden (A. 272, 1 und 273, 3). Ueber die Kriterien des kaufmännischen Betriebs s. Protocolle S. 1274. — Uebrigens unterscheide man von dem Begriffe „Handelsgeschäft" den weiteren Begriff „Handelssache" (A. 1). Es giebt Rechtsgeschäfte im Handelsverkehr, die nicht zu den Handelsgeschäften im e. S. gehören, und doch als Handelssachen dem Handelsgesetzbuche unterliegen.

I. Subjecte der Forderungsrechte.

1) Ueberhaupt.

§. 156.

Eine Obligation enthält eine Beziehung zwischen zwei bestimmten Subjecten, dem Gläubiger und Schuldner. Die Bestimmung der Subjecte kann zunächst in dem von den Parteien bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts ausgesprochenen Willen liegen, sie kann aber auch, und dieß ist ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Verhältniß, durch einen äußeren Umstand, mit welchem eine Person in Beziehung tritt, gegeben werden[1]). Ganz besonders häufig wird dem Besitze von Grundstücken die Bedeutung beigelegt, daß durch ihn die Eigenschaft einer Person als Subject einer einzelnen, oder sich fortdauernd wiederholenden Obligation bestimmt werde; so wird es möglich, ein obligatorisches Verhältniß zu perpetuiren, indem es die Eigenschaft der Unauflöslichkeit von dem Grundstücke, welchem es angeknüpft ist, annimmt. Dieß ist namentlich der Fall bei den s. g. Reallasten, der Forderung aus dem Retractrechte, gewissen Verbindlichkeiten eines Lehns- oder Fideicommißbesitzers[2]), und der Verpflichtung gegenüber einem s. g. Bannrechte, deren Inhalt in der Verbindlichkeit der Einwohner eines Bezirks besteht, Bedürfnisse einer bestimmten

1) v. Savigny System des heut. röm. Rechts Bd. 2 §. 103, und jetzt auch dessen Obligationenrecht Bd. 1 (1851) S. 134. — Inwieweit in neuerer Zeit eine Aenderung in diesen Principien dadurch eingetreten sei, daß das Princip des Rechtserwerbs durch Stellvertretung sich geändert hat, oder dadurch, daß das heutige Recht eine „Singularsuccession in Obligationsverhältnisse“ kenne, insoweit gehört die vorliegende Frage in das Bereich der Darstellung des heutigen römischen Rechts.

2) Sofern diese nicht in dem successiven Erbrechte ihren Grund haben.

Art nur durch den Bannberechtigten befriedigen zu lassen[3]). Auch dem Besitze einer beweglichen Sache wird bisweilen jene Wirkung beigelegt, und namentlich sind die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen recht eigentlich diesem Zwecke gewidmet[4]).

---

3) Die Bannrechte sind das Beispiel einer individuellen Willkür der Staatsgewalt, welche durch Privilegien an irgend ein factisches Verhältniß Rechte und Verbindlichkeiten aller Art anzuknüpfen vermag; für viele ältere Bannrechte läßt sich freilich nicht der formelle Nachweis einer Begründung durch eigentliche Privilegien führen, da die Bannpflicht oft nur eine einzelne Form war, in welcher sich die allgemeine Unterwerfung unter eine Hoheit oder ein hoheitsähnliches Recht kund gab. Jedenfalls ersetzt der Nachweis unvordenklicher Ausübung des Bannrechts den Beweis des Privilegiums. (Ueber den Quasibesitz an Bannrechten s. Duncker in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 2 Heft 2 S. 68 flg.) Beispiele der in der Gegenwart feindlich behandelten Bannrechte sind: 1) der Bierzwang, d. h. die ausschließliche Braugerechtigkeit mit der Verpflichtung der in dem Bezirke Wohnenden (auf den Dörfern sind in der Regel die Rittergutsbesitzer ausgenommen), das Bier von dem privilegirten Brauer zu nehmen; 2) der Mühlzwang, d. h. die Verpflichtung der Bewohner eines Bezirks, ihre Frucht in einer bestimmten Mühle zu mahlen; 3) der Weinkelterbann; 4) der Bannweinschank; 5) der Backofenzwang. Verschieden von diesen Bannrechten sind die Realgewerberechte, d. h. die an ein bestimmtes Grundstück geknüpften Befugnisse, ein bestimmtes Gewerbe, z. B. Apothekergewerbe, Gastwirthschaft, Meisterei-, Badergewerbe u. s. w., zu treiben; solche Realgewerberechte sind an und für sich keineswegs immer auch Bannrechte, d. h. ausschließliche Gewerbebefugnisse. Diese Rechte erscheinen als juristische Qualitäten der Sache, an welche sie angeknüpft sind, und werden in Hinsicht auf Entstehung, Wirksamkeit, Schutz und Ende analog den Privilegien beurtheilt. Vgl. darüber auch Schmid im Arch. für civ. Praxis Bd. 44 S. 174 flg., besonders aber Unger System des österr. Privatr. I S. 572 flg. — Ein Versuch, wie ihn Reyscher Würtemb. Pr.-Recht §. 245 flg. gemacht hat u. A. m., alle diese und ähnliche Rechte unter dem Titel Gutsrechte zusammenzustellen, enthält bei der inneren Verschiedenartigkeit der darin aufgezählten Rechte einen für die juristische Anschauung bedenklichen Verzicht auf Kritik und System.

4) Unrichtig ist es, wenn Savigny Obligationenrecht Bd. 2 S. 89

2) Im Handelsverkehr.

a) Der Kaufmann.

§. 157.

Das Recht, ein Handelsgewerbe zu haben und die sich daran knüpfenden Befugnisse[1]) auszuüben, setzt die Erfüllung derjenigen Bedingungen voraus, welche aus gewerbspolizeilichen und anderen öffentlichen Rücksichten vorgeschrieben sind[2]). Manchen Personen ist überhaupt die Befugniß zum selbständigen Handelsbetrieb ganz oder theilweise entzogen, nämlich Geistlichen[3]), Soldaten[4]), Mäklern[5]), gewissen Classen von Handlungsgehülfen[6]), nach den meisten Particularrechten auch den Staatsdienern[7]). Beschränkungen in Bezug auf gewisse Handelszweige können auch durch Handelsregale und Handelsmonopole einzelner Kaufleute oder Handelsgilden bewirkt werden.

Unabhängig von dieser Sphäre der Bestimmung des kauf=

---

die gemeinrechtliche Möglichkeit der Entstehung solcher Obligationen für nicht individuelle Subjecte verneint. Er ignorirt dabei das deutschrechtliche Bildungsprincip, welches hier entscheidend ist, wie die angegebenen Fälle beweisen. S. auch unten §. 161.

1) Z. B. in Bezug auf politische Wahlrechte, öffentliche Aemter, Steuerwesen, dann im Strafrechte und Proceß (Gerichtsstand vor dem Handelsgericht) die Rechte und Stellung eines Kaufmanns zu haben.

2) Dahin gehört abgesehen von der etwa erforderlichen Concession die Erlangung des Staats= und Ortsbürgerrechts, Nachweisung eines Handelsfonds, der erforderlichen Geschäftskenntnisse, örtliches Bedürfniß, Aufnahme in die Handelsgilde, Einzeichnung in die Handelsmatrikel; Alles dieß aber ist nur particuläres Recht.

3) Cap. 6 X. ne clerici vel monachi secularibus negotiis se immisceant (3, 50), cap. 15 X. de vita et honestate monach. (3, 1), cap. 16 X. eod.

4) L. 15 Cod. de re mil. (12, 36).

5) D. H.=G.=B. Art. 69, 1.

6) D. H.=G.=B. Art. 56 u. 59.

7) Thöl Handelsr. §. 17 führt auch noch Adel, Juden, Weiber an.

männischen Gewerbsbetriebs ist diejenige, für welche das deutsche Handelsgesetzbuch den Begriff des Kaufmanns feststellt, indem es damit nur das Anwendungsgebiet für seine Vorschriften über das Firmenwesen, über Handelsbücher, Procuren und eine Reihe weiterer Gegenstände des Handelsrechts begränzen will[8]). In dieser Beziehung soll derjenige als Kaufmann gelten, welcher gewerbmäßig[9]) (und zwar, wie zu ergänzen ist, in eigenem Namen) Handelsgeschäfte (s. §. 155 Nr. 2) betreibt[10]). Jedoch sind wieder einige Classen der Kaufleute in diesem Sinne von der Anwendung der Vorschriften über Firmen, Procuren, Handelsbücher und Handelsgesellschaften ausgenommen[11]).

Auch Frauen haben alle Rechte und Pflichten des Kaufmanns, wenn sie Handelsgeschäfte gewerbmäßig in eigenem Namen treiben, d. h. Handelsfrauen*) sind, einerlei ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit Andern, ob sie es persönlich oder durch Procuristen betreiben[12]).

---

8) Insbesondere gehören dahin manche Bestimmungen über einzelne Handelsgeschäfte; ferner Vorschriften, in welchen die eigenthümlichen Pflichten der Kaufleute festgesetzt werden, z. B. die Eintragungen in das Handelsregister, gehörige Buchführung, Aufbewahrung der Handelsbücher und Correspondenzen, Anfertigung von Inventaren und Bilanzen u. s. w. S. die Zusammenstellung bei Thöl a. a. O. §. 19a. — Die Lehre von der Beweiskraft der Handelsbücher wird als in das Proceßrecht gehörig hier ausgeschieden.

9) Ueber den Begriff „gewerbmäßig" s. v. Hahn Commentar 1. Bd. S. 9.

10) H.=G.=B. Art. 4 vgl. mit Art. 11.

11) H.=G.=B. Art. 10 (Höker, Trödler, Hausirer u. s. w., Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute u. A.).

*) Heise und Cropp jur. Abh. I, 1 u. 2. Kraut Vormundsch. II S. 324 flg. 582 flg.

12) H.=G.=B. Art. 6. Man unterscheide aber von der wirklichen Handelsfrau, welche Gesellschafterin ihres Mannes ist, die Ehefrau, welche

Eine Ehefrau bedarf hierzu die Einwilligung ihres Ehemanns[13]), welche als stillschweigend gewährt gilt, wenn sie mit dessen Wissen und ohne Einspruch Handel treibt. Die ertheilte Einwilligung kann jedoch jederzeit widerrufen werden; nur muß der Widerruf, wenn er rechtliche Bedeutung haben soll, actuell durchgeführt und offenkundig sein. Die Wirkung der Stellung einer Frau als Handelsfrau ist die[14]), daß sie sich durch ihre Handelsgeschäfte gültig verpflichtet, selbständig vor Gericht auftreten kann und in der Sphäre ihres Handelsbetriebs die Berufung auf die weiblichen Rechtswohlthaten verliert[15]), sowie endlich, daß ihr in der Ehe befindliches Vermögen für die aus ihren Handelsgeschäften entstandenen Schulden ohne Rücksicht auf die dem Ehemannne gemäß dem ehelichen Güterrechte daran zustehenden Befugnisse haftet.

Uebrigens wird für die Annahme eines Rechtsgeschäfts als Handelsgeschäfts nach dem deutschen Handelsgesetzbuch keineswegs allgemein vorausgesetzt, daß es von Kaufleuten abgeschlossen sei; noch weniger wird dessen Gültig-

---

nur Gehülfin desselben, welche m. a. W. nicht selbst mercatrix, sondern nur uxor mercatoris ist.

13) Für das einzelne Geschäft ist sie alsdann nicht weiter nöthig. Bei unverheiratheten Frauen ist, wo die cura sexus noch gilt, ebenso die vorhergehende allgemeine Zustimmung des Geschlechtsvormunds erforderlich. — Der Grund der Nothwendigkeit der ehemännlichen Einwilligung ist übrigens nicht im ehelichen Güterrechte, sondern in der Stellung des Mannes als Herr des Hauses zu suchen.

14) D. H.-G.-B. Art. 8 u. 9.

15) Also das S. C. Vellejanum, die Auth. si qua mulier, die Befreiung von der Wechselhaft. — Die Frau hört in der Sphäre des Handelsbetriebs rechtlich auf, ein Weib zu sein. Eine ähnliche Erscheinung findet sich in der Lage eines minderjährigen Kaufmanns, wenn der Curator zur Gründung eines Handelsgewerbes ihm die allgemeine Zustimmung gegeben hat. Thöl a. a. O. §. 17 Note 9.

keit dadurch bedingt, daß die Parteien überhaupt zum kaufmännischen Gewerbsbetriebe befugt sind [16]).

§. 157b.

An die Stellung Jemandes als Kaufmann [1]) knüpfen sich zwei allgemeine Verpflichtungen, welche namentlich für die Eingehung und Wirksamkeit von Obligationsverhältnissen bedeutend werden:

1) Jeder Kaufmann soll eine Firma [2]) haben, d. h. einen fixirten kaufmännischen Namen, unter welchem er im Handelsbetriebe Geschäfte macht. Der einzelne Kaufmann [3]) soll hierzu seinen bürgerlichen Namen, diesen aber in einer fest bestimmten Form [4]) gebrauchen. Dabei soll er sich jedes ein Gesellschaftsverhältniß andeutenden Zusatzes enthalten. Jede neue Firma soll sich von allen bisher am gleichen Orte [5]) bestehenden unterscheiden, und daher Derjenige, dessen bürgerlicher Name daselbst schon als Firma vorkommt, seinem Namen einen unterscheidenden Zusatz beifügen. Einen fremden Namen als Firma zu führen, ist nur Dem gestattet, welcher ein bestehendes Handelsgewerbe durch Vertrag oder Erbgang mit der Einwilligung der Interessenten in die Fortführung der bisherigen Firma erwirbt [6]). Das Recht auf die so gewählte

16) H.=G.=B. Art. 276.

1) S. aber die Ausnahmen in Note 11 des vor. §.

2) H.=G.=B. Art. 15 — 27.

3) Als solcher gilt auch der, welcher einen stillen Gesellschafter hat. — Ueber Gesellschaftsfirmen s. unten §. 195.

4) Der Familienname als Firma soll nicht mehr schwanken, z. B. nicht bald mit bald ohne Zunamen geschrieben werden.

5) Dieß gilt sowohl von dem Orte der Haupt= als dem Orte der Zweigniederlassung.

6) Diese Ausnahme vom Princip rechtfertigt sich durch Erwägung des Werths, den eine bisher in hohem Credit gestandene Firma in den Augen des Publicums gehabt hat; sie enthält einen berechtigten Zug kaufmännischer Romantik.

und in das Handelsregister eingetragene Firma ist ein ausschließliches; der Berechtigte kann gegen Jeden, welcher sie unbefugt führt, auf Unterlassung und vollen Schadensersatz klagen[7]).

2) Jeder Kaufmann ist verpflichtet, gewisse seinen Geschäftsbetrieb betreffende Thatsachen (insbesondere solche, welche sich auf die Firma, eine Procura und auf Handelsgesellschaftsverhältnisse beziehen[8])), in das öffentliche Handelsregister des Orts seiner Niederlassung eintragen zu lassen[9]). In den meisten Fällen ist diese Verbindlichkeit unter Androhung von Ordnungsstrafen angeordnet; für einige Fälle[10]) ist bestimmt, daß das fragliche Verhältniß erst durch die Eintragung rechtlich begründet wird; für gewisse Fälle[11]) endlich ist folgendes Princip festgesetzt: — ist die Eintragung und Bekanntmachung der Thatsache unterlassen worden, so kann sie dem Dritten nur dann entgegengesetzt werden, wenn ihm bewiesen wird, daß er sie gekannt habe; ist die Thatsache aber eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß sie der Dritte als geschehen gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begrün-

---

7) H.=G.=B. Art. 27. Und zwar entscheidet über den Beweis der Existenz und Größe des Schadens (der von den Parteien in ganz proceßmäßiger Weise oft nicht geführt werden könnte) das freie Ermessen des Handelsgerichts; in dieser „Freiheit" der Beweisprüfung liegt ein Moment der Strafe.

8) Zusammengestellt bei v. Hahn Commentar S. 51 und Thöl Handelsr. §. 19d.

9) Das Handelsregister steht Jedem zur Einsicht offen. Ueberdieß werden die meisten Einträge sofort durch öffentliche Blätter dem Publicum mitgetheilt. H.=G.=B. Art. 12—14.

10) Entstehung der Commanditgesellschaft auf Actien und der Actiengesellschaft. Art. 178. 211.

11) S. H.=G.=B. Art. 25 und 46; ferner die Art. 87. 115. 129. 135. 155. 171. 233.

den[12]), daß er sie weder gekannt habe, noch habe kennen müssen[13]).

b) Hülfspersonen des Kaufmanns.

§. 158.

Juristische Vertreter des Kaufmanns, d. h. Personen, welche in seinem Namen Rechtsgeschäfte abschließen, sind 1) die Procuristen. Mit diesem Namen bezeichnet das Handelsgesetzbuch[1]) kaufmännische Vertreter mit einer durch das Gesetz ein für allemal bestimmten, und zwar dem Publicum gegenüber unabänderlichen Vollmacht[2]). Sie enthält die Ermächtigung zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ersetzt jede sonst erforderliche Specialvollmacht und berechtigt auch zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehülfen und Bevollmächtigten[3]); dagegen erstreckt sie sich nicht auf die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken. Die Bestellung eines Pro-

12) Es ist damit zwar nicht gerade ausdrücklich bestimmt, daß dieß immer der Dritte beweisen solle, aber die processualische Lage der Sache wird es in der Regel von selbst mit sich bringen, sowie denn auch die Fassung des Artikels immerhin darauf als das Regelmäßige hinweist. Die Worte „sofern nicht die Umstände die Annahme begründen" deuten auf die freiere Erwägung des Handelsgerichts. S. auch v. Hahn Commentar S. 43 flg. Thöl Handelsr. §. 19[d].

13) Vgl. l. 9 §. 2 D. de jur. et facti ignor. (22, 6).

1) H.=G.=B. Art. 41—46.

2) Eine Beschränkung der gesetzlichen Vollmacht hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung. Der Dritte kann sich also, wenn er nur weiß, daß der andere Theil wirklich Procurist ist, getrost mit ihm einlassen. — Von selbst versteht es sich, daß der Procurist und Principal unter einander gewisse Beschränkungen verabreden können.

3) Der Procurist ist also in der That der alter ego des kaufmännischen Principals.

curisten erfolgt durch Ertheilung einer als „Procura" bezeichneten Vollmacht, oder durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als „Procuristen", oder durch die Ermächtigung, die Firma „per procura" zu zeichnen[4]. 2) Handlungsbevollmächtigte. Der Umfang ihrer Vollmacht ist gesetzlich nicht bestimmt, sondern lediglich dem Willen des Principals anheim gegeben[5]. Ein Handlungsbevollmächtigter kann für das ganze Handelsgewerbe, oder nur für bestimmte Arten von Geschäften, oder nur für einzelne Geschäfte bestellt werden. Eine solche Vollmacht gilt für die Ermächtigung zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt; nicht aber erstreckt sie sich auch auf die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Führung von Processen. Insbesondere gilt ein Handlungsreisender auch als ermächtigt, die Kaufpreise aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und Zahlungsfristen zu gestatten; ferner ist anzunehmen, daß ein in einem offenen Laden, Magazin oder Waarenlager angestellter Handlungsbevollmächtigter die in einem derartigen Laden u. s. w. gewöhnlichen Verkäufe und Empfangnahmen vornehmen darf[6].

---

4) Sowohl die Bestellung als das Erlöschen einer Procura soll in das Handelsregister eingetragen werden.

5) H.=G.=B. Art. 47 flg. Die Vollmacht dieser Personen wird nicht in das Handelsregister eingetragen; ihre Publication erfolgt, wenn sie nöthig ist, durch öffentliche Ankündigung in Zeitungen, Circulare u. s. w. Diese Classe umfaßt die ganze Stufenfolge vom Generalbevollmächtigten bis zum Handlungsdiener mit unbedeutendem Wirkungskreis. Ueber den materiellen Unterschied jenes vom Procuristen s. v. Hahn Commentar S. 130.

6) Das H.=G.=B. kennt noch eigenthümliche Bevollmächtigte für den Seeverkehr, und hat auch den Umfang ihrer Ermächtigung gesetzlich

Keine juristischen Vertreter des Kaufmanns sind an und für sich die von dem Handelsgesetzbuch s. g. Handelsgehülfen, d. h. Personen, welche zunächst nur zur Leistung thatsächlicher Beihülfe im Handelsgewerbe angestellt sind [7]). Sie können aber durch ausdrücklichen Auftrag des Principals ebenfalls zu dessen rechtlicher Vertretung ermächtigt werden, und gelten dann insoweit als Handlungsbevollmächtigte.

Die Wirkung einer Procura oder Handlungsvollmacht ist, daß durch die derselben entsprechenden, ausdrücklich oder stillschweigend im Namen des Principals abgeschlossenen Rechtsgeschäfte eine unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung zwischen dem Principal und dem Dritten begründet wird [8]); zwischen dem Procuristen bez. Handlungsbevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten [9]).

Eine Procura oder Handlungsvollmacht kann ohne Einwilligung des Principals nicht auf Andere übertragen werden.

---

festgestellt, nämlich den correspondirenden Rheder (H.-G.-B. Art. 459 flg.), und den Schiffer (H.-G.-B. 495 flg.).

7) Es gehören dahin z. B. Buchhalter, Cassirer, Lehrlinge u. s. w. Man unterscheide ihre zwar nur factischen, aber doch immerhin kaufmännischen Leistungen von den Diensten des bloßen Gesindes (Art. 65).

8) Art. 52. Mit dieser Bestimmung ist der größte Theil der Lehre vom Institor, insoweit sie sich auf die Vermittlung des Obligationserwerbs bezieht, unanwendbar geworden. Uebrigens ist in der obigen Formulirung vorsorglich der Ansicht begegnet worden, als ob die Handlungen des Stellvertreters auch rücksichtlich der inneren Willensmomente etwa so angesehen werden müßten, als ob sie nicht seine, sondern des Principals Handlungen seien.

9) Die Haftung Jemandes, der sich, ohne Vollmacht zu haben, als Procurist oder Handlungsbevollmächtigter gerirt, oder Dessen, der seine Handlungsvollmacht überschreitet, bestimmt der Art. 55. Der Dritte kann ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen.

Sie ist jederzeit widerruflich[10]. Der Tod des Principals hebt sie nicht auf[11].

§. 158b.

Personen, welche gewerbmäßig den Abschluß von Handelsgeschäften nur vermitteln, d. h. die zur Willensbestimmung dienenden Thatsachen mittheilen, die beiderseitigen Erklärungen austauschen und deren Uebereinstimmung constatiren, heißen Handelsmäkler (Sensale)[1]. Sie sind amtlich bestellt und vereidigt, und haben einen eigenthümlichen Kreis von Verpflichtungen; für jede einer der Parteien, denen sie dienen[2], aus einer Verschuldung erwachsene Beschädigung haben sie einzustehen[3]. Unmittelbar nach Abschluß eines Ge-

10) Es versteht sich von selbst, daß dieses Recht des freien Widerrufs sich nur auf die Function der Rechtsvertretung bezieht, und daß das innere Dienstverhältniß dadurch an sich gar nicht berührt wird. Ueber die Wirkung des Widerrufs auf Dritte s. v. Hahn Comment. S. 143 flg.

11) Vorausgesetzt, daß die Handlungsvollmacht nicht ausdrücklich nur auf die Lebenszeit des Principals gestellt ist, was bei der unbeschränkbaren Procura überhaupt nicht zulässig wäre (H.=G.=B. Art. 43). — Zu bemerken ist noch, daß das H.=G.=B. Art. 56 und 59 dem Procuristen, Handlungsgehülfen und dem für das ganze Handelsgewerbe bestellten Handlungsbevollmächtigten unter eigenthümlichen Präjudicien verbietet, ohne Einwilligung des Principals für eigene Rechnung oder für Dritte Handelsgeschäfte zu machen.

1) H.=G.=B. Art. 66 flg. Ueber die Geschichte des Instituts s. Laband in der Zeitschr. f. deutsches R. 20. Bd. S. 1 flg. Ihre Thätigkeit ist nicht eine juristische Repräsentation, keine Geschäftsschließung für Andere, sondern nur eine thatsächliche Vermittlung der unmittelbaren persönlichen Erklärung der Parteien. S. v. Hahn Commentar S. 167 flg.

2) Sie stehen nicht bloß zu der Partei, welche sie zuerst beauftragte, sondern auch zu der, mit welcher sie das Geschäft machen, in einem Vertragsverhältniß. v. Hahn S. 168 flg.

3) Und zwar nach der Bestimmung des H.=G.=B. Art. 282 („Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns"). Zu den allgemeinen Pflichten gehört auch die Pflicht der Verschwiegenheit. Art. 69, 5.

schäfts müssen sie jedem Contrahenten eine s. g. Schlußnote übergeben und diese nach empfangener Unterschrift gegenseitig austauschen[4]). Sowohl diese Schlußnoten, als ihre ordnungsmäßig geführten Tagebücher, in welche sie täglich die abgeschlossenen Geschäfte einzutragen haben, liefern regelmäßig vollen Beweis für den Abschluß und den Inhalt des Geschäfts. Für ihre Bemühungen haben sie, sobald das von ihnen vermittelte Geschäft zu Stande gekommen ist[5]), eine Mäklergebühr (Sensarie, Courtage) zu fordern, welche im Zweifel jede Partei zur Hälfte zu entrichten hat.

Der öffentlichen Stellung und der Autorität, welche den Handelsmäklern zukommt, steht aber eine Reihe von persönlichen Beschränkungen gegenüber. Insbesondere dürfen sie für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen, für die Erfüllung der durch sie vermittelten Geschäfte keine Bürgschaften übernehmen, nicht Procuristen, Handlungsbevollmächtigte oder Handlungsgehülfen sein; auch dürfen sie sich nicht mit Andern zum gemeinschaftlichen Betriebe des Mäklergewerbes verbinden; sie müssen endlich ihre Geschäfte persönlich machen, und dürfen von den Parteien, denen sie dienen, nur persönliche Erklärungen entgegennehmen[6]).

---

4) Die Perfection des Vertrags ist von der Austauschung der Schlußnoten unabhängig. Art. 76.

5) Art. 82 formulirt dieß so: sobald das Geschäft geschlossen, und wenn es ein bedingtes war, unbedingt geworden ist.

6) Wo den amtlich bestellten Handelsmäklern das Recht zur Vermittlung von Handelsgeschäften nicht ausschließlich zusteht, giebt es auch s. g. Privat- oder Pfuschmäkler; auf diese sind alle diejenigen Bestimmungen des H.-G.-B. nicht anwendbar, welche den Handelsmäkler als eine öffentlich autorisirte Urkundsperson voraussetzen.

II. Entstehung der Forderungsrechte.

1) Verträge.

a) Klagbarkeit.

§. 159.

Die bindende Kraft eines Vertrags liegt nach deutschem Rechte[1]) in der Uebereinstimmung der auf ein Rechtsgeschäft gerichteten Erklärung des Willens der Parteien *). Indem dadurch an sich die Nothwendigkeit einer besonderen Form des Vertrags ausgeschlossen ist, so zerfällt das römische, auf dem Gebrauche der Stipulation beruhende Vertragssystem mit allen seinen aus dem formellen Principe hervorgehenden Folgesätzen,

---

1) Man beruft sich wohl auf Sachsensp. Landr. I, 7: Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden unde svat he dut, dat sal he stede halden. (Schwabensp. [Laßb.] cap. 11.) Vergl. besonders die später in vielen Landesgesetzen wiederholte Stelle des Freiburger Stadtrechts v. 1520 S. 39. Die Symbole, welche das ältere deutsche Recht bei der Vertragsschließung kennt (Grimm R.-A. 122. 138), stehen diesem Principe nicht entgegen; sie sind nur eine Bekräftigung des Willens, nicht die Bedingung der Wirksamkeit des Willens. Die Auffassung eines einfachen Versprechens als einer von den bestimmten Formen befreiten Stipulation bei Liebe (die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840) ist überkünstlich und unhaltbar. S. vorzüglich Schmid in Richter's u. Schneider's Jahrb. 5. Jahrg. (1841) S. 888 flg. Richtig würdigt die römische Stipulation v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pandectenrecht (1840) S. 216 flg. Dagegen scheint mir Savigny Obligat. 2 S. 240 die eigenthümliche deutsche Rechtserzeugung zu übersehen, wenn er das heutige Recht nur auf die zufällige Abwesenheit einer der römischen Stipulation entsprechenden volksthümlichen Formel zurückführt. S. auch Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 8 flg.

*) Die Frage, wann ein Vertrag für abgeschlossen gelten müsse, ist im Allgemeinen nach römischem Rechte zu beurtheilen. Indessen enthält das D. H.-G.-B. Art. 317—323 eine Reihe sehr wichtiger Bestimmungen über den Abschluß von Handelsgeschäften unter Abwesenden, welche wohl auch über die Sphäre des Handelsrechts hinaus wirken werden.

und die darin aufgestellten besonderen Contractsformen gehen in dem allgemeinen Begriffe des Consensualvertrags auf[2]). Nur bei den s. g. benannten Realverträgen[3]) muß die Perfection nach der materiellen Natur dieser Geschäfte noch an die Hingabe der Sache geknüpft bleiben, und diesen tritt heutzutage der ganz formelle Wechselvertrag in seinen verschiedenen Abstufungen zur Seite, welcher allein durch das Geben und Nehmen der Wechselurkunde perfect wird[4]). Dagegen kann nunmehr von unbenannten Realcontracten, von dem im römischen Systeme dabei vorkommenden Reuerechte und anderen Folgen ihres eigenthümlichen Charakters keine Rede sein[5]). — Auch noch heutzutage gilt der Grundsatz, daß das einfache Versprechen nur in Verbindung mit seinem materiellen Rechtsgrunde Geltung hat[*]). Eine Aus-

---

2) Damit ist natürlich nur eine allgemeine Vertragsform, nicht etwa der römische Consensualcontract gegenüber dem bloßen Pactum gemeint; denn der Unterschied zwischen Contracten und pacta ist verschwunden. Dagegen sind umgekehrt die Bestimmungen des römischen Rechts, welche mit dessen eigenthümlichem Vertragssystem in keiner Verbindung stehen, z. B. die Unterscheidung zwischen ein- und zweiseitigen Veträgen, von dieser großen Veränderung nicht berührt worden. Ebenso unerweislich sind die allgemeinen Abweichungen des heutigen Rechts, welche Beseler (Erbvertr. II S. 71 flg.) und Andere vor und nach ihm in Betreff der Wirksamkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter eintreten lassen wollen; die Erbverträge bedürfen dieser Lehre gar nicht, indem sich ihre Eigenthümlichkeiten aus andern Gründen rechtfertigen lassen.

3) Pfordten a. a. O. S. 295 und 297. S. auch Demelius in den Jahrbb. f. d. Dogmatik v. Gerber und Jhering 3. Bd. S. 399 flg.

4) S. unten §. 212.

5) Pfordten a. a. O. Erxleben die condictiones sine causa, 2. Abth. (1853) S. 463 flg. Anders die frühere Theorie, welche namentlich auch in die Landrechte des 16. und 17. Jahrhunderts übergegangen war. S. die Nachweisungen bei Erxleben a. a. O. S. 466 Not. 7.

*) S. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, S. 159.

nahme machen hiervon der Wechselvertrag, das Accept einer Zahlungsanweisung, das Connossement, der Ladeschein, Auslieferungsscheine über lagernde Waaren (s. g. Lagerscheine), kaufmännische Verpflichtungsscheine über Leistung von Summen ohne Bedingung von Gegenleistungen[6]).

b) Besondere Formen der Verträge.

α) Schrift.

§. 160.

Gründe der Zweckmäßigkeit und Rücksichten auf die Eigenthümlichkeit mancher Vertragsarten[1]) sind die Veranlas=

---

6) H.=G.=B. Art. 300—302. Eigenthümlich ist diesen letzteren Papieren, wenn sie auf Ordre lauten, auch ihre Uebertragbarkeit durch Indossament, und zwar mit ähnlichen Wirkungen, als das Indossament bei Wechseln hat. Uebrigens gehört zu den Verpflichtungen ohne materiellen Schuldgrund auch die Forderung, welche in die Form des Papiers auf Inhaber eingekleidet ist. S. §. 161 N. 2. — Eine über den im Text hervorgehobenen Gesichtspunct (und die theilweise Gemeinschaftlichkeit der Indossabilität) hinaus gehende rechtsprincipielle Einheit dieser Credit= oder Handelspapiere, welche unter sich völlig verschieden sind, kann ich nicht annehmen, und daher den von Kuntze in Goldschm. Zeitschr. VI, 1 gemachten Versuch, eine gemeinschaftliche Theorie für sie aufzustellen, nicht als einen Fortschritt begrüßen.

1) Hierher darf nicht, wie oft geschieht, der Wechsel gezogen werden, bei welchem die Nothwendigkeit einer schriftlichen Urkunde auf einem ganz verschiedenen Grunde beruht. — Wenn es auch nicht geläugnet werden kann, daß für manche Rechtsgeschäfte die Vorschrift der Schriftlichkeit oder Gerichtlichkeit durch die Natur der Sache gerechtfertigt ist, so darf sich doch die Gesetzgebung sehr hüten, diese Forderung zu häufig zu stellen, indem sie damit im Rechtsleben doch nicht durchdringt, und dann nur der Chicane in die Hände arbeitet. Dieß gegen manche neuere Gesetzgebungen, in denen die Vorschrift solcher Formen zum gedankenlosen Rhythmus geworden zu sein scheint. — Für Verträge über Handelsgeschäfte wird das Erforderniß der Schriftlichkeit im Allgemeinen beseitigt durch Art. 317 des H.=G.=B.

sung gewesen, daß neuere Gesetzgebungen[2]) die Gültigkeit oder Klagbarkeit einzelner Verträge von dem Vorhandensein einer schriftlichen Aufzeichnung derselben abhängig gemacht haben. Darin darf kein Zurückgehen auf den Standpunct des römischen Rechts erkannt werden, welches das innere Moment des Vertragsschlusses in eine äußerliche Formhandlung hineinträgt, sondern lediglich eine Erschwerung der Perfection des Vertrags aus wesentlich unjuristischen Beweggründen[3]). Die Nothwendigkeit einer schriftlichen Form wird von den Gesetzen regelmäßig in dem Sinne vorgeschrieben, daß eine bloß mündliche Uebereinkunft keine Klage erzeugt[4]), weshalb eine wirkliche Erfüllung des Vertrags trotz des Mangels der Schrift nicht wieder aufgelöst werden kann[5]); dagegen kann das von einer Seite Gegebene im letzteren Falle bei zweiseitigen Geschäften condicirt werden, wenn es der Empfänger nicht vorzieht, von seiner Seite ebenfalls zu erfüllen, und diese Erfüllung angenommen wird[6]).

2) Z. B. Preuß. Landr. I. 5 §. 131—170 (für Verträge, welche den Werth von 50 Thlrn. und mehr zum Gegenstande haben). Ueber die Ausnahmen und sonstigen Fälle der Nothwendigkeit der Schrift s. Laspeyres System des Preuß. R. §. 89. — Oesterr. Gesetzb. Art. 936 u. 1249 (Schenkungsversprechen, Erbverträge unter Ehegatten). Cod. Max. Bav. I, 6 §. 29. III, 1 §. 10.

3) Vgl. dagegen Zeiller Commentar zum Oesterr. Gesetzb. Art. 883.

4) Es ist jedoch allerdings auch möglich, daß das Gesetz absolute Nichtigkeit des ganzen Geschäfts als die Wirkung einer Nichtbeachtung der Vorschrft der Schriftlichkeit aufstellt; über die zum Theil sehr verschiedenen Folgen einer solchen Bestimmung s. Thöl Handelsrecht I §. 58.

5) Immer ist freilich diese Lage der Sache noch von der unterschieden, welche bei der Erfüllung eines *klagbaren* Vertrags Statt findet; denn nur hier können Ansprüche auf Eviction, laesio enormis, heimliche Mängel mit dem Rechtsmittel aus dem *Vertrage* geltend gemacht werden. (Ganz falsch ist der Einwand, den Walter §. 153, b hiergegen erhebt.)

6) Die unrichtige Analogie der s. g. unbenannten Realcontracte

In gleicher Weise kann die schriftliche Form des Vertrags auch durch den Willen der Parteien gefordert werden. Geschieht dieß in dem Sinne, daß der Vertrag erst mit der Abfassung der Schrift[7]) als vollendet gelten soll, so kann vorher von keiner Klage die Rede sein, während eine dessenungeachtet geschehene Erfüllung nach den oben angeführten Grundsätzen beurtheilt wird. Soll dagegen die Schrift bloß den Zweck einer Beweiserleichterung haben, so hat sie auf die Wirksamkeit und Perfection des Vertrags keinen Einfluß.

Die schriftliche Abfassung des Vertrags wird vollendet durch die Unterschrift der Parteien[8]); Besiegelung, Angabe des Orts und der Zeit der Abfassung sind zur Gültigkeit solcher Privaturkunden an sich nicht wesentlich[9]).

Papiere auf den Inhaber[1]).

§. 161.

Die schriftliche Form eines Schuldversprechens kann

verleitet Eichhorn §. 93 zu der Annahme, daß durch einseitige Leistung ein Recht, die Gegenleistung zu fordern, erworben werde.

7) Die bekannte L. 17 C. de fide instrum. (4, 21) und die Notariatsordnung v. 1512 §. 11 entscheiden nur die Frage, wann gilt eine Schrift formell als perfect? und setzen den einen möglichen Fall voraus, daß die Schrift die Bedingung der Vertragsperfection sei. Darin liegt also nicht eine Beantwortung der Frage, ob die Verabredung schriftlicher Abfassung im Zweifel in dem Sinne zu interpretiren sei, daß dadurch ein bloßes Beweismittel für einen schon perfecten Vertrag geschaffen werden solle, oder in dem Sinne, daß die Schrift die Bedingung der Perfection sei; daß Jenes im Zweifel anzunehmen sei, hat bewiesen Thöl a. a. O. §. 60.

8) Nicht bloß Zeichen schreibunkundiger Personen; sie bedürfen einer Beglaubigung (Nov. 73 Cap. 8).

9) Dieß kann aus andern Gründen wichtig sein, z. B. wegen der Berechnung des Zahlungstags. S. Ortloff Grundzüge S. 281.

1) Ueber die Geschichte derselben s. Duncker Zeitschr. f. deutsches Recht 5. Bd. S. 30 flg., besonders aber Eigenbrodt in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern 2. Bd. S. 181 flg. Kuntze die Lehre von

eine besonders gesteigerte Wirksamkeit erhalten, wenn die Schrift selbst zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben wird. Dieß geschieht dadurch, daß in einer Schuldurkunde der jedesmalige Inhaber (Ueberbringer, Vorzeiger), d. h. der Besitzer derselben als Gläubiger bestimmt wird[2]). Der Schuldner verpflichtet sich nicht einem bestimmten Individuum gegenüber, er überläßt die Nennung des Gläubigers dem Laufe des Papiers; wer dieses haben

den Inhaberpapieren. 1857. Vgl. ferner Gönner über Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten und vom Handel mit Staatspapieren 1826. Thöl Handelsrecht I §. 54 flg. Savigny Obligationenrecht 2. Bd. (1853) S. 93 flg. Renaud Zeitschr. f. deutsch. R. 14. Bd. S. 315 flg. Unger die rechtliche Natur der Inhaberpapiere 1857. (Eine geistreiche Andeutung über diesen Gegenstand giebt auch Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern 1. Bd. S. 49, welche der weiteren Erwägung empfohlen zu werden verdient.) Kuntze in dem Archiv f. Wechsel= und Handelsrecht 8. Bd. S. 345 flg. Gröning im Arch. für civ. Pr. 44. Bd. S. 363 u. 45. Bd. S. 66 flg. — Das Princip der Papiere auf den Inhaber findet keineswegs nur Anwendung auf Staatspapiere, sondern es wird auch angewandt bei Actien=, Bankpapieren, Loosen, Post= und Eisenbahnbillets, bei Einlaßkarten zu Concerten u. s. w., jedoch ist der juristische Charakter dieser Papiere im Uebrigen keineswegs ganz gleich dem der auf Inhaber gestellten Schuldbriefe (s. z. B. Koch Deutschlands Eisenbahnen 2. Abth. 1859 S. 102 flg.). Nicht immer liegt also ein Darlehen als Rechtsgeschäft zu Grunde; ist dieß aber der Fall, so ist in der Regel Unaufkündbarkeit auf Seite des Gläubigers festgesetzt. —

2) Papiere auf den Inhaber sind also Urkunden über ein bestimmtes Rechtsgeschäft. Dadurch und durch den Umstand, daß sie keinen Zwangscours haben, unterscheiden sie sich vom Papiergelde, d. h. dem bloßen Münzzeichen (was jetzt Thöl Handelsrecht S. 320 N. 1 gegen jenen ersten Grund bemerkt, kann ich nicht als eine Widerlegung betrachten). Unrichtig ist es auch, zu sagen: die Papiere sind die Forderung selbst. — Zur Ergänzung der hier gegebenen Auffassung gehört nothwendig, daß man das in dem Papier verkörperte Forderungsrecht als ein abstractes, rein formelles ansieht. Auf diese nothwendige Ergänzung der Lehre macht namentlich Unger in der Note 1 citirten Schrift aufmerksam, dessen sonstige Ansicht von der hier gegebenen abweicht.

wird, soll sein Gläubiger sein; das Innehaben desselben soll der Zustand sein, an den die Gläubigerschaft*) angeknüpft wird (§. 156), — einerlei, wie dieser Zustand begründet worden ist[3]). Die Schuldurkunde hat demnach hier eine ganz andere Function als gewöhnlich, wo sie nur ein Beweismittel für die an und für sich bestehende Obligation ist; sie ist hier der verkörperte[4]) Wille des Schuldners, der sonst nirgends, der nur in ihr vorhanden ist; an das Dasein des Papiers knüpft sich demnach das Dasein der Obligation selbst an[5]). Dieß hat nun die eigenthümliche Wirkung, daß die

*) Mit diesem Ausdrucke soll das Recht bezeichnet werden, die für die einzelnen Termine im Papier versprochenen Zahlungen zu erheben. Es ist klar, daß dieses Gläubigerverhältniß nicht das sonst in Obligationsverhältnissen gewöhnliche ist, nämlich ein zwischen den betheiligten Subjecten continuirlich wirksames Band. Hier tritt die Berechtigung mehr nur stoßweise hervor, und die Continuität des obligatorischen Verhältnisses scheint weniger in einer Beziehung der Personen, als in einer eigenthümlichen Qualität des Papiers zu beruhen. (Es ist dieß ein ähnlicher Gedanke, als derjenige, welchen Kuntze mit dem Worte „Creation" ausdrückt.) Daher erklärt es sich, daß die Forderung nicht erlischt, wenn das Papier zeitweise herrenlos ist, und daß durch Rückkehr des letzteren in die Hand des Ausstellers ohne das Hinzutreten eines besonderen Actes ein Untergang der Forderung nicht von selbst eintritt. Gewiß aber darf man dieß nicht mit Bekker (in seinem und Muther's Jahrbuch des gem. R. 1. Bd. S. 266 flg.) dadurch construiren wollen, daß man das Papier au porteur zu einem Rechtssubjecte macht. Nach meiner Ansicht gestaltet sich das Ganze richtig, wenn man alle jene Wirkungen als Folgen der objectiven Beschaffenheit des Papiers betrachtet.

3) Es ist in Bezug auf die Legitimation als Gläubiger gleichgültig, ob der Besitz auf gutem oder bösem Glauben beruht.

4) Diesen Ausdruck (vgl. die früheren Auflagen Note 5) hat sich jetzt auch Savigny S. 99 angeeignet.

5) Eine andere Ansicht hat Renaud S. 330, indem er sagt: Der Schuldner verpflichtet sich dem ersten Empfänger der Urkunde als Individuum, aber mit der Bestimmung, daß die Forderung eine auf dem Wege der Singularsuccession veräußerliche sein solle. Diese An-

juristischen Thatsachen, welche den Verkehr mit solchen Forderungen betreffen, einen sachenrechtlichen Charakter annehmen; das Stück Papier selbst ist das Object aller Rechtsgeschäfte, während die Function desselben als obligationserzeugendes Moment hierbei zunächst außer Ansatz bleibt. Uebertragung der Forderung ist daher hier nicht Cession, sondern Tradition der Urkunde[6]); daher ist hier die Vindication (nicht der Forderung, wohl aber des Stücks Papier, dessen Inne-

---

sicht beschreibt nur, erklärt aber nicht. — Eine ganz eigenthümliche Meinung stellt Thöl auf. Das Stellen des Papiers auf den Inhaber hat nach ihm nur die Wirkung, daß der Besitzer als Gläubiger vermuthet werde, Gegenbeweis vorbehältlich. Diese Ansicht führt dahin, die Gläubigerschaft als etwas vom Besitze des Papiers Unabhängiges zu betrachten (§. 54 c); sie fällt daher mit der Uebergabe des letzteren nicht nothwendig zusammen (§. 54 g). Bei diesem Ausgangspuncte ist es überhaupt unbegreiflich, wie das Papier bei dem Verkehr mit solchen Obligationen von irgend einem Einflusse sein könne, da es ja nur die untergeordnete Rolle eines Documents mit verstärkter Beweiskraft hat. Und doch soll der Schuldner dem wahren Gläubiger gegenüber liberirt sein, wenn er dem das Papier besitzenden Nichtgläubiger zahlte (54 f.); und doch soll der wahre Gläubiger aufhören, Gläubiger zu sein, wenn ein Dritter das Papier in gutem Glauben von einem unberechtigten Auctor erworben hat (§. 54 c). Dieser Satz würde sich aus Thöl's eigenen Prämissen nimmermehr entwickeln lassen. Er gewinnt ihn nur dadurch, daß er ein ganz neues Moment von außen hereinbringt. Er fügt nämlich zu der Function des Papiers, wonach es dem Schuldner gegenüber zur Erhebung der Forderung legitimirt, willkürlich die andere: daß sein Besitz auch jedem Dritten gegenüber die Vermuthung der Legitimation zur Uebertragung gewähre (§. 55). Dieß sei allgemeiner Wille. Ich halte diese Construction für innerlich unmöglich.

6) Daher findet keine Einrede mit Berufung auf das anastasische Gesetz oder aus der Person früherer Besitzer statt. — Ueber die Tradition selbst gelten die Grundsätze des Sachenrechts. Der Tradent haftet jedenfalls für das Dasein, nicht aber auch in der Regel für die Güte der Forderung (eine Ausnahme s. bei Thöl a. a. O. §. 120 N. 21).

haben das Forderungsrecht zur Folge hat) ein eigenthümliches Schutzmittel; daher würde an und für sich der Verlust des Papiers den Untergang der Forderung bewirken, weil er ein Aufhören des Zustands ist, an welchen die Existenz der Obligation angeknüpft war [7]).

Dem Schuldner gegenüber ist also der Besitzer des Papiers wirklicher Gläubiger; nicht bloß der gutgläubige Besitzer, oder etwa nur der Eigenthümer [8]). Auch ist der Besitzer nicht der bloß vermuthete Gläubiger (Gegenbeweis vorbehalten [9])). Denn der Besitz des Papiers, einerlei, wie er erworben wurde, ist der Zustand, der den Gläubiger bestimmen soll; dieser genügt, aber er soll in jedem Falle vorhanden sein [10]). Dieß ist der muthmaßliche Wille Dessen, der sich dem „Inhaber des Schuldscheins" verpflichtet. Indessen ist eine der hieraus hervorgehenden Consequenzen, das Erlöschen der Forderung wegen Untergangs oder Verlusts

---

7) S. aber unten den Text zu N. 11.

8) So Savigny S. 135, der indessen praktisch auf das obige Resultat hinauskommt, indem er den Besitzer als Eigenthümer läßt vermuthet werden. Zwischen dem Eigenthum am Papiere und dem Verhältniß zum Schuldner ist aber innerlich kein Zusammenhang; das Eigenthum ist nur entscheidend in Bezug auf das Verhältniß eines früheren Besitzers zum jetzigen Besitzer.

9) So Thöl. S. N. 4.

10) Man hat dieß dadurch widerlegen wollen, daß man gesagt hat, alsdann könne ein solches Papier nicht als Faustpfand oder Depositum hingegeben werden, indem sonst der Pfandgläubiger und Depositar sofort selbst Gläubiger würden (Renaud S. 338). Dieser Einwand ist unrichtig. Deponirt und verpfändet wird das Stück Papier; dieses wird nicht eigene Sache des Pfandgläubigers oder Depositars, es verbleibt vielmehr im Eigenthume des Verpfänders und Deponenten. Daran ändert der Umstand Nichts, daß das Stück Papier den besonderen Gebrauch zur Erhebung einer Forderung zuläßt. Derselbe Einwand würde gegen die Möglichkeit einer Deponirung von allen Dingen sprechen, welche durch Gebrauch verzehrt werden. —

des Papiers, durch einen in allen dieses Institut betreffenden Gesetzen und in allgemeinster Uebung hervorgetretenen, auf Gründen des Credits und der Gerechtigkeit ruhenden Satz eines gemeinen Gewohnheitsrechts ausgeschlossen, indem Demjenigen, welcher den Besitz und den späteren Verlust der Urkunde bescheinigt hat, nach erfolgter Mortification der letzteren Restitution zu gewähren ist[11]).

Das Verhältniß des früheren Besitzers zum gegenwärtigen Inhaber bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts. Der Eigenthümer hat alle Rechtsmittel eines solchen gegen jeden Besitzer, den bösgläubigen wie den gutgläubigen[12]); denn der Umstand, daß jeder Besitzer als

---

11) Ueber den Act der Amortisation (genaue Angabe des Papiers nach Litera und Nummer, Bescheinigung des früheren Besitzes, sodann des Verlusts; Edictalladung; erscheint Niemand, so erfolgt Mortification des Papiers gegen Aushändigung eines neuen oder gegen Auszahlung der Summe) s. Schumm die Amortisation verlorner oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden 1830 (Beilageheft z. Archiv f. civ. Pr. Bd. 13). Voigt im neuen Archiv f. Handelsr. Bd. 1 S. 4 flg.

12) Nur gegen den malae fidei possessor lassen die Vindication zu viele Particularrechte (z. B. auch das Württemb. Ges. v. 16 Sept. 1852 Art. 14). Vom Gesichtspuncte der Zweckmäßigkeit läßt sich Vieles dafür sagen. Gemeinrechtlich construiren läßt es sich nicht. Der Versuch Thöl's (§. 55) beruht auf einer petitio principii (s. oben N. 4). — Das K. Hannöver. Ges. v. 5. April 1859 gestattet die Vindication nur gegen den, welcher ein Inhaberpapier in bösem Glauben oder mindestens mit grober Fahrlässigkeit erworben hat. Dieß Gesetz wurde durch eine mit der obigen Ansicht übereinstimmende Entscheidung des O.=A.=G. in Celle veranlaßt (Seuffert's Archiv Bd. 13 S. 73 flg.). — Wenn man nicht überhaupt auf ein klares Princip verzichten will, so muß man einräumen, daß sich unmöglich alle rechtspolitischen Rücksichten aus einem und demselben Gefäße befriedigen lassen, sondern von verschiedenen Ausgangspuncten ausgegangen werden muß.

Eine Aenderung bewirkt indessen nunmehr der Art. 307 des H.=G.=B., nach welchem der redliche Erwerber von Inhaberpapieren (und zwar ganz allgemein, d. h. nicht bloß im Handelsverkehr) Eigenthümer derselben wird.

solcher dem Schuldner gegenüber als Gläubiger legitimirt ist, ist kein Grund dafür, dem Eigenthümer die Verfolgung seines Rechtes (Vindication, publicianische Klage) an dem Gegenstande zu versagen, dessen Gebrauch jene Wirkung hervorbringt[13]).

Zur Ausstellung solcher Papiere ist gemeinrechtlich kein besonderes Gesetz für den einzelnen Fall (Privilegium) nothwendig, indem die Möglichkeit dieser Art des Contrahirens durch ein unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht begründet ist, das sich im neueren Rechtsleben entwickelt hat. Auch kann die Befugniß dazu nicht bloß dem Staate beigelegt werden[14]); denn die Gefahren, welche der Gebrauch solcher Obligationen mit sich bringt, führen zwar wohl zu einer Warnung des Gesetzgebers und zu einer polizeilichen Ueberwachung, aber nicht auch zu einem Rechtssatze[15]).

---

13) Manche wollen die Vindication ganz ausschließen, wegen des öffentlichen Credits, der leichten Circulationsfähigkeit der Papiere u. s. w. Andere schließen sie nur aus gegen den b. f. possessor. — Die richtige Ansicht vertheidigt jetzt auch Savigny S. 138 flg.

14) In allen diesen Puncten ist anderer Ansicht Savigny a. a. O. 1) die Existenz eines gemeinen Gewohnheitsrechts läugnet er, und der Rechtssatz entbehrt ihm die Gültigkeit, weil diese Art des Contrahirens „außer der Art und dem Zwecke der Obligationen liege" und viele Gefährlichkeiten mit sich bringe. S. 101. 110. 123. Dieses sind keine Gründe. Auch wird sich schwerlich Jemand überzeugen lassen, daß der Staat, so oft er ein Anlehen in dieser Form aufnimmt, oder so oft er einer Actiengesellschaft die Emittirung solcher Papiere gestattet, jedesmal eine juristische Originalschöpfung vornehme und nicht vielmehr nur ein bestehendes Rechtsinstitut zur Anwendung bringe. 2) Eine weitere Ansicht Savigny's (S. 110. 120) ist die, daß solche Rechtsgeschäfte, wenn sie vom Staate vorgenommen werden, gar nicht unter dem Schutze des Richters stehen. Dieser exorbitanten Behauptung fehlt es an jedem Beweise.

15) Seuffert's Archiv f. Entscheid. d. oberst. Ger. Bd. 15 S. 406 flg.

β) Gerichtliche Abschließung oder Bestätigung der Verträge.

§. 162.

Das öffentliche Interesse, welches in Beziehung auf manche Rechtsgeschäfte obwaltet [1]), und das Streben, verwickeltere Verträge durch obrigkeitliche Beihülfe vor späteren Anfechtungen zu bewahren, welche aus Mangel an liquiden Beweismitteln [2]), oder aus der Nichtbeobachtung gesetzlicher Vorschriften abgeleitet werden könnten [3]), hat viele neuere Gesetzgebungen veranlaßt, für den Abschluß bestimmter Verträge [4]) die Nothwendigkeit einer Mitwirkung des

---

1) So namentlich bei der Uebertragung dinglicher Rechte (bisweilen auch bei bloßen Pachtcontracten) an Grundstücken. Die hier fast überall vorgeschriebene gerichtliche Mitwirkung ist jedoch sehr häufig zweifelhafter Natur; es fragt sich, ob sie der Eigenthumsübertragung gelte (gerichtliche Auflassung), oder der Perfection der vorausgehenden Verträge? Die Gesetzgebungen scheinen sich oft nicht klar zu sein, und heben Gesichtspuncte hervor, welche auf beide Acte, das vorhergehende Geschäft und die Tradition zugleich passen. Die Geschichte des Grundeigenthums in Deutschland läßt eher dafür schließen, daß der gerichtliche Act allein der Eigenthumsübertragung gelte. — Vgl. übrigens die Pr. Gerichts-Ordn. II, 1 §. 3 flg., die bei Eichhorn §. 95. Not. g angef. Magdeburger Polizeiordnung Cap. 22 §. 2 und das bei Kraut §. 161 gedruckte Calemb. und Wolfenbüttelsche Edict v. 4. Apr. 1620, ferner Pfeiffer pract. Ausführ. I. S. 151 flg., und die bei Ortloff Grundzüge S. 444 angef. Gesetze, welche sich bis zum Ueberflusse vermehren lassen.

2) Wo diese Rücksicht allein hervortritt, lassen manche Gesetzgebungen die Wahl zwischen einem gerichtlichen Abschluß und notarieller Ausfertigung nach den Vorschriften der Notaritatsordn. v. 1512.

3) S. Bülow und Hagemann pract. Erört. Bd. IV Nr. 83 (Verträge der Bauern); dann in Betreff der Juden s. Reichsabschied v. 1551 §. 78 und 79, dagegen aber die Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 20 §. 3.

4) Außer den Verträgen über Grundeigenthum findet dieß am häufigsten statt bei Ehestiftungen, Erbverträgen, Alimentations- und

Richters vorzuschreiben. Diese hat nach der Verschiedenheit der angeführten Rücksichten bald nur den Zweck, die Ernstlichkeit des Willens der Parteien zu ermitteln und eine öffentliche Urkunde herzustellen, bald ist sie auf eine Prüfung der Vertragsverhältnisse selbst vom Gesichtspuncte der Zweckmäßigkeit aus gerichtet, von deren Ausfalle dann die Ertheilung oder Verweigerung der Bestätigung abhängt. Im ersteren Falle kann deshalb jeder beliebige, im letzteren allein der competente Richter angegangen werden; die Competenz wird aber theils durch den angegebenen Maßstab, theils durch die Rücksicht bestimmt, ob der Richter zu dem Vertragsgegenstande in einer besonderen Beziehung stehe oder nicht [5]). Die gerichtliche Abschließung und Bestätigung der Verträge ist stets nur ein äußerer Zuwachs der sonstigen Bedingungen ihrer Perfection, von welchem die übrigen Erfordernisse und Wirkungen des Geschäfts nicht berührt werden [6]). Der Mangel der obrigkeitlichen Mitwirkung bei der Abschließung solcher Geschäfte hat einen verschiedenen Erfolg je nach der besonderen Intention des fraglichen Gesetzes [7]);

Leibzuchtscontracten, Verträgen über Gütergemeinschaft der Eheleute, Einkindschaft, Bürgschaften der Frauen u. s. w.

5) Daher die Nothwendigkeit der Zuziehung des competenten Richters bei Verträgen über Grundstücke.

6) Der Richter haftet für jeden Nachtheil, der aus einem verschuldeten Versehen bei dieser Prüfung hervorging. S. Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. III S. 235. Diese der Bestätigung vorangehende Prüfung ist theils darauf gerichtet, daß keine Partei durch Betrug u. s. w. benachtheiligt werde, theils darauf, daß die Rechte Dritter, z. B. des Gutsherrn, nicht gefährdet werden. Ob eine solche Prüfung überhaupt vorzunehmen sei, muß nach der Intention des einzelnen Gesetzes beantwortet werden.

7) Außer den oben angeführten Gesetzen dieser Art vgl. noch die bei Mittermaier Grunds. II S. 277 citirten.

nämlich 1) es fehlt dem Vertrage nur die Klage, wenn die gerichtliche Abschließung nur zur Feststellung der Ernstlichkeit des Willens der Parteien verordnet ist[8]); 2) das Geschäft kann vom Richter annullirt werden, wenn es der gerichtlichen Bestätigung bedurfte, und der Richter bei späterer Prüfung Gründe ihrer Versagung erkennt[9]); 3) das Geschäft ist an sich nichtig, wenn die obrigkeitliche Mitwirkung unmittelbar im öffentlichen Interesse gefordert wird[10]).

γ) Die Wechselform.

§. 163.

Der Wechselvertrag kann als eine allgemeine Form von Obligationen einer bestimmten Art (§. 205) gebraucht werden[1]). Dieser Gesichtspunct bei der Anschauung des Wechsels ist aber weder der einzige, noch der hervortretendste; er hat

---

8) Dann kann die wirklich geschehene Erfüllung nicht wieder aufgehoben werden. Bülow und Hagemann a. a. O. II. 370 flg.

9) Bülow und Hagemann a. a. O. IV. S. 475 flg.

10) z. B. bei Verträgen über Grundstücke.

1) Besonders häufig ist es, daß man durch Ausstellung eines Wechsels eine andere Obligation erfüllen, also Zahlung leisten will. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob alsdann eine Novation vorhanden sei, ferner, ob in dem Geben und Nehmen des Wechsels schon die wirkliche Zahlung liege? Beides muß im Allgemeinen verneint werden. Das Geben und Nehmen des Wechsels erscheint hier an und für sich nur als eine Uebereinkunft über eine bestimmte Art, die Zahlung zu erwirken; getilgt wird die unterliegende Obligation daher nur, wenn der Wechsel wirklich gezahlt, oder wenn er durch die Nachlässigkeit des Wechselnehmers unwirksam wurde. Siebenhaar im Archiv für Wechselr. 1. B. S. 165 flg. An Compensation denkt Günther ebendas. Bd. 4 S. 129 flg. — Eine ähnliche Function als der Wechsel hier ausübt, nämlich ein bestehendes Schuldverhältniß in ein gültiges rein formales Versprechen einzukleiden, kann auch dem durch das H.-G.-B. Art. 301 anerkannten s. g. kaufmännischen Verpflichtungsschein beigelegt werden.

noch eine andere Bedeutung, welche ihn den einzelnen selbstständigen Obligationsgeschäften an die Seite stellt.

c) Vorbereitende Geschäfte.

§. 164.

Da das deutsche Recht die Klagbarkeit eines Vertrags bloß von der Uebereinstimmung des Parteiwillens abhängig macht, so muß auch die Uebereinkunft der Parteien, künftig einen Vertrag abschließen zu wollen (Vorvertrag, pactum de contrahendo [1])), als klagbar anerkannt werden. Jedoch muß der vorbereitende Vertrag trotz seiner nothwendigen Verschiedenheit vom Hauptvertrage schon die wesentlichsten Theile des letztern enthalten [2]), und bedarf da, wo die Perfection des Vertrags im Interesse der Parteien erschwert ist, dieselben Formen, welche für den Hauptvertrag vorgeschrieben sind [3]).

---

1) Der Ausdruck „Vertragsberedung," den Beseler Erbverträge II. Th. S. 34 für diese Verträge vorschlägt, scheint mir mehr für bloße Tractate zu passen. Der Ausdruck „Vorvertrag" ist gut gewählt von Thöl Handelsrecht §. 62, 1.

2) Er darf nicht zu vag und allgemein sein. Sehr zweckmäßig sind die Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs Art. 936: „Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrags bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder des anderen Theils vereitelt wird. Ueberhaupt muß auf Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpuncte geklagt werden, widrigenfalls ist das Recht erloschen."

3) Dieß ist namentlich der Fall, wo schriftliche Abfassung oder gerichtliche Abschließung aus Rücksicht auf die Bewahrung der Parteien vor Uebereilung vorgeschrieben ist. Wo dagegen die gerichtliche Bestäti-

Unter diesen Voraussetzungen erzeugt der vorbereitende Vertrag eine Klage auf Eingehung des Hauptvertrags.

Als ein einleitender Vertrag in diesem Sinne gilt bisweilen das mit dem Namen Punctation bezeichnete Stadium eines Geschäftes, obschon der Name auch in anderer Anwendung vorkommt[4]). Punctation heißt im Allgemeinen eine von den Parteien unterzeichnete Urkunde über ein noch nicht ganz vollendetes Geschäft; fehlt nur die Bestimmung von Nebenpuncten, so ist schon ein vollständig bindender Vertrag vorhanden[5]); fehlt dem Geschäfte dagegen noch eine besondere gesetzlich oder willkürlich festgesetzte Form (z. B. notarielle Ausfertigung, gerichtliche Beglaubigung oder Bestätigung), so ist die Punctation bald vollständig klagbar, wenn jene Form bloß den Zweck der Beweiserleichterung hat, bald giebt sie wenigstens eine Klage auf Einholung der Form (dann liegt ein pactum de contrahendo vor). Dieß Letztere setzt jedoch voraus, daß nicht jedes Binden des Parteiwillens überhaupt durch die Beobachtung bestimmter Formen bedingt ist[6]), indem die Punctation sonst bloße Tractate enthält, d. h. rechtlich unwirksame Vertragsberedungen, welche dem eigentlichen Vertrage vorausgehen.

---

gung aus dem Grunde angeordnet wurde, weil der Richter im öffentlichen Interesse von dem Geschäfte Kenntniß nehmen muß, wie bei Verträgen über Liegenschaften, bedarf es für den bloß vorbereitenden Vertrag keines gerichtlichen Abschlusses.

4) Man nennt nämlich so auch die Urkunde eines ganz perfecten Vertrags, oder eine bloß zur Uebersicht und des Gedächtnisses wegen geschehene Aufzeichnung der Tractate. Jedoch ist dieser Gebrauch des Wortes nicht technisch.

5) Denn wenn solche Nebenpuncte später nicht hinzugefügt werden, so treten die naturalia negotii ein. Thöl a. a. O. §. 62, 3.

6) Puchta Pandecten §. 251 f.

d) Bestärkung der Verträge.

§. 165.

Abgesehen von einigen früher in Deutschland gewöhnlichen [1]), aber theils durch Reichsgesetze verbotenen, theils außer Uebung gekommenen Bestärkungsmitteln der Verträge gelten als solche an vielen Orten und unter manchen Classen von Personen noch heutzutage der Weinkauf oder Leihkauf, d. h. eine Geldsumme zur Bestreitung eines von den Contrahenten und Zeugen zu genießenden Mahles [2]). Ebenso wird zu diesem Zwecke häufig das s. g. Darangeld [3]) angewandt. Das Hingeben dieser Summen ist eine thatsächliche

1) S. Stobbe zur Gesch. d. deutsch. Vertragsr. S. 25 flg.— Dahin gehören 1) die Verpflichtung Jemandes bei seiner (fürstlichen, adeligen, jungfräulichen u. s. w.) Ehre, welche dem Gläubiger im Falle der Nichtbefriedigung das Recht gab, den Schuldner durch Worte, Schrift und Schandgemälde zu beschimpfen (s. Kraut Grundr. §. 163). Dieß ist durch die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 35 §. 7 verboten. Eine Verpflichtung auf Ehrenwort hat demnach heutzutage nur noch die Wirkung, daß der nichtzahlende Schuldner die Bekanntmachung der Thatsache dulden muß, vorausgesetzt, daß die Form nicht beschimpfend ist. 2) Das Einlager, Einreiten, Leistungsrecht (pactum obstagii), d. h. das Versprechen, im Falle der Nichterfüllung sich an einem bestimmten Orte bis zur Erfüllung als Gefangener aufzuhalten. Aufgehoben durch die Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 17 §. 10. Es besteht noch in Holstein nach Schrader Handb. des Schleswig-holst. Rechts Bd. 3 S. 32. — Das hierher regelmäßig gezogene alte Schuldexecutionsrecht, nämlich die Hingabe des Schuldners zu Hand und Halfter, aus dem der spätere Schuldthurmsproceß hervorgegangen ist, und von dem der Wechselarrest noch heutzutage eine Anwendung giebt, gehört nicht hierher. S. darüber Sachsensp. III, 39 §. 1. Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 50 u. 456.

2) Namentlich unter Bauern und beim Viehhandel. Aehnlich ist der s. g. Gottes- oder Haftpfennig; s. Lüb. R. III, 6 §. 6.

3) Beim Verkauf von Landgütern heißt es oft Heerd- oder Schlüsselgeld und beim Pferdekauf Zaumgeld.

Erklärung des Willens, den Vertrag als perfect gelten zu lassen [4]) und die juristische Beurtheilung derselben ist der der römischen Arrha analog, falls nicht eine besondere Abrede mit dem Geben des Darangelds ein Reuerecht verbunden hat, in welchem Falle die Parteien bis zur wirklichen Erfüllung mit dem bloßen Verscherzen des Darangeldes vom Vertrage zurücktreten können.

2) Unerlaubte Handlungen.

§. 166.

Eine unerlaubte Handlung kann zunächst eine Klage auf Schadensersatz, dann auch auf Zahlung einer Strafbuße erzeugen. Einer ganzen Classe unerlaubter Handlungen, welchen das ältere deutsche Recht diese letztere Wirkung beilegte, ist sie durch das Princip der neueren Strafgesetzgebung entzogen, welche an die Stelle des ehemaligen Compositionensystems und der privatrechtlichen Beurtheilung [1]) den criminalistischen Gesichtspunct gesetzt hat; in demselben Umstande liegt auch die Ursache, weshalb die Ahndung eigentlicher Verbrechen durch eine im römischen Rechte bestimmte Privatstrafe (unbeschadet der Verpflichtung zum Schadens-

---

4) Wird der Vertrag erfüllt, so muß das Darangeld restituirt oder in die zu zahlende Summe eingerechnet werden (so auch das D. H.-G.-B. Art. 285); beim Gesindevertrag wird es dagegen als ein besonderes Geschenk betrachtet.

1) Spuren davon (insbesondere eine Art Wehrgeld bei Tödtungen, Schmerzensgeld bei Verwundungen und die s. g. Sachsenbuße bei widerrechtlicher Gefangenhaltung) finden sich noch im heutigen Sächsischen Rechte. Vergl. Heimbach Sächs. Recht (1848) S. 475 flg. Weiske Abhandl. aus d. Gebiete d. deutschen Rechts S. 106 flg. Seitz Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage 1860.

ersatze) heutzutage wegfällt [2]). Dagegen kennt das deutsche Recht einige durchaus moderne Lebensverhältnisse berührende Handlungen, welche als unerlaubte mit der Wirkung einer Verpflichtung zum Schadensersatze betrachtet werden und ihre besondere Theorie erhalten haben [3]).

3) Zustände.

Allgemeines.

§. 167.

Nicht immer bedarf es einer Handlung zur Erzeugung einer Obligation; es giebt Verpflichtungen, welche mit dem Eintritt in einen bestimmten Zustand unwillkürlich gegeben sind [1]). Solche Zustände sind Erbrecht, Verwandtschaft und im deutschen Rechte ganz besonders der Besitz unbeweglicher Güter. Beispiele von Verbindlichkeiten, welche aus diesem letztern Zustande nach deutschem Rechte hervorgehen, sind die Verpflichtung des Erwerbers eines Grundstücks gegenüber dem Retractberechtigten und demjenigen, welcher die in den s. g. Reallasten enthaltenen

---

2) Der Gesichtspunct ist der: es soll eine doppelte Bestrafung vermieden werden. S. aber Savigny Obligationenr. Bd. 2 S. 312 flg.

3) Dahin gehört der Nachdruck und Wildschaden. Die Particularrechte kennen noch eine ganze Reihe anderer Verbindlichkeiten, welche aber keiner besonderen Theorie bedürfen. Insbesondere ist hervorzuheben die Verletzung des Firmenrechts und des Rechts auf Waarenzeichen.

1) Dieser Gesichtspunct, welcher für das deutsche Recht höchst fruchtbar wird, ist bis jetzt ganz vernachlässigt worden. Die untergeordnete Bedeutung, welche die Auffassung dieses Entstehungsgrunds von Obligationen für das römische Recht hat, s. bei Puchta Pandecten §. 262. — S. auch jetzt Savigny Obligationenrecht 1. Bd. (1851) S. 134.

Leistungen zu fordern berechtigt ist; sodann einige Verbindlichkeiten der Lehns- und Fideicommißbesitzer. Für die allgemeine Theorie der Reallasten ist dieß aber der wichtigste und am meisten charakteristische Gesichtspunct; daher hat schon hier die Darstellung derselben ihre geeignete Stelle, während ihre speciellen Arten unter den einzelnen Obligationen behandelt werden sollen.

Von den Reallasten insbesondere [1]).

a) Begriff.

§. 168.

Es kann bestimmt werden, daß eine Obligation nicht durch Beitreibung der Erfüllung ihres gesammten Inhalts, sondern mit der Wirkung ausgeübt werde, daß der Schuldner in wiederkehrenden Fristen kleine, die Obligation niemals erschöpfende Leistungen thue [2]). Wenn schon dadurch der Obli-

1) Ueber Reallasten überhaupt s. L. Duncker die Lehre von den Reallasten in ihren Grundzügen. 1837. Gerber in s. und Ihering's Jahrbüchern Bd. 2 S. 35 flg. (1857). Friedlieb ebendas. Bd. 3 S. 299 flg. Dessen Rechtstheorie der Reallasten 1860. v. Meibom in Bekk. u. Muth. Jahrb. Bd. 4 S. 442 flg. Gerber in s. u. Ihering's Jahrbüchern 6. Bd. S. 266 flg. (1862). — S. auch Unger österr. Privatr. 1. Bd. S. 553 flg.

2) Dieser Gesichtspunct ist für die Auffassung der Reallasten von großer Wichtigkeit. Die einzelnen fälligen Leistungen bei einer Grundrentenverpflichtung oder sonstigen Reallast sind nicht Gegenstand besonderer, bei jedem Termin von Neuem entstehender Obligationen, welche mit einem von der Klage auf die Gesammtheit des Rechts verschiedenen Rechtsmittel geltend gemacht würden, sondern sie sind nur die in kleinen und niemals erschöpfenden Potenzen sichtbaren Wirkungen der einen Verpflichtung überhaupt (wie bei einer Zinsobligation, wenn sie sich von ihrer Capitalforderung ablösen ließe). Der Unterschied solcher Obliga-

gation eine außerordentliche Dauer verliehen wird, so geschieht dieß noch in ungleich höherem Grade, wenn in einem solchen Falle die Bestimmung des verpflichteten Subjects durch die Thatsache des Besitzes eines bestimmten Grundstücks gegeben werden soll. Dieß ist der Fall bei den s. g. Reallasten. Es sind Obligationen, welche durch die eben charakterisirte Anknüpfung an ein Grundstück perpetuirt und so in Rücksicht auf ihre Dauer den Rechten an Sachen gleich gestellt werden.

Es ist eine alte, dem germanischen Volksgeiste eigenthümliche Neigung, welche durch den Uebergang der alten Naturalwirthschaft in die neuere Geldwirthschaft, durch Steigerung des persönlichen Credits und moderne politische Theorieen zwar geschwächt, aber schwerlich ganz vernichtet werden

---

tionen von den regelmäßigen liegt in der Bestimmung, daß hier statt der solutio eine unerschöpfliche Verbindlichkeit (s. jetzt auch Savigny Obligationenrecht I S. 303) mit terminweise hervortretenden Wirkungen eintrete. Dieß ist auch ein Gesichtspunct des römischen Rechts in folgender Stelle von Gajus Institut. IV §. 130: Videamus etiam de praescriptionibus, quae receptae sunt pro actore. §. 131: Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est, velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus: nam finitis quibusdam annis aut mensibus hujus quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intelligitur, praestatio vero adhuc nulla est; si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in incerto relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus „ea res agatur cujus rei dies fuit"; alioquin si sine hac praescriptione egerimus — — totam obligationem, id est etiam futuram in hoc judicium deducimus. Vergl. auch l. 16 (§. 1) Dig. de V. O. (45, 1). Es ist eine Mehrheit der Leistungen, eine Einheit der Obligatio vorhanden. Vergl. auch Puchta Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 16. (Anders ist es bei dem annuum legatum.)

kann, einem Capitalwerthe die Dauer und Unveränderlichkeit des Grundeigenthums beizulegen [3]). Insofern die Reallasten die Formen zur Realisirung dieser Neigung sind, wie z. B. bei den constituirten Renten und Gülten, kann ihnen auch für die Zukunft eine praktische Bedeutung nicht ganz abgesprochen werden. Nicht immer freilich ist dieses anzuerkennende Princip die Veranlassung ihrer Entstehung gewesen; oft lag diese in historischen Zufälligkeiten, deren fortdauernde Wirksamkeit in einer ihrem Bestehen ganz fremden Zeit als drückende Ungerechtigkeit empfunden wird. Dahin gehört namentlich die Vogtei des Mittelalters, welche eine reiche Quelle der mannigfaltigsten Reallasten geworden ist, zum Theil auch der allgemeine Zehntanspruch der Kirche. Aber selbst da, wo die Entstehung der Reallasten auf einem Grunde von entschiedener Berechtigung beruht, z. B. bei den Lasten, welche der Ausfluß einer ehemaligen oder noch bestehenden Grundherrschaft sind, oder als ein Aequivalent für gegebene Geldsummen und ganz oder theilweise veräußerte Grundstücke bestellt wurden, konnte ein Bestehen für ewige Zeiten durch die Gesetzgebung nicht verbürgt werden. Es giebt Perioden, in denen die Wirkungen solcher an sich vollkommen rechtmäßigen Dispositionen ein drückendes Hemmniß der freien Bewegung eines Volkes werden; sie erscheinen dann als eine Schuld der Vergangenheit, der sich die Gegenwart auf Kosten des strengen Rechts zu entziehen strebt. Wenn so die Gesetzgebungen

---

3) Ueber die Geschichte der Reallasten im Allgemeinen s. Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte (§. 186. 194. 195. 361a. 450). Neuere bedeutende Untersuchungen sind: v. Wyß die Gült und der Schuldbrief nach Zürich. Recht, in der Zeitschrift für schweizer. R. Bd. 9 S. 3 flg. (1861). Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten 1861.

heutiges Tages durch Ablösungsgesetze [4]) die Möglichkeit einer Befreiung des Bodens von den zur Ungebühr angewachsenen Lasten gewähren, so ist damit freilich nur einem augenblicklichen Bedürfnisse Genüge geleistet, nicht aber die Lebenskraft des Princips, welches diesen Rechtsverhältnissen inwohnt, für immer beseitigt [5]).

§. 169.

Die der Reallast entsprechende Berechtigung ist ein wirkliches Forderungsrecht; die Verpflichtung des Schuldners besteht in der Verbindlichkeit zu einzelnen, meistens in bestimmten Zeiten wiederkehrenden Leistungen, welche aber nicht der Inhalt selbstständiger einzelner Obligationen, sondern nur die fortgesetzten Aeußerungen einer unerschöpflichen Verbindlichkeit sind *); das verpflichtete Subject wird bestimmt durch

---

4) Solche Gesetze, welche jetzt überall gegeben sind, müssen juristisch so angesehen werden, daß sie ein Mittel sind, diese Obligationen durch die Ermöglichung einer solutio von der Note 2 angegebenen Eigenthümlichkeit zu befreien.

5) Unkenntniß und ein falscher politischer Eifer haben freilich dahin geführt, daß manche derartige Gesetze eine Fassung erhalten haben, durch welche das Princip selbst als beseitigt erscheint. Die Wirksamkeit solcher Gesetze wird die Zukunft bestimmen. In keinem Falle kann jedoch den allgemein lautenden Verboten dieser Gesetze der Sinn untergelegt werden, daß die Anwendung des in dem Institut der Reallasten liegenden Rechtsprincips auch unstatthaft sein solle bei der Bestellung von Apanagen, Witthum und Leibgedinge (Leibzucht); ferner bei der auf ein Grundstück gelegten Verpflichtung zur Baulast, Unterhaltungs- und Reparaturpflicht gewisser örtlicher Anstalten u. s. w. In Wahrheit ist das Institut der Reallast bei voller Beseitigung der s. g. Feudallasten auch für den nicht „feudalen" Rechtsverkehr ganz unentbehrlich, da für die Begründung nachbarlicher Verhältnisse die Servituten offenbar nicht ausreichen. Jene Verbote haben nur Wiederholungen gutsherrlicher und vogteilicher (s. g. Feudal-) Verhältnisse abschneiden wollen: eine wohl überflüssige Vorsicht!

*) Es giebt auch Rechtsverhältnisse, bei denen nur dieß eine Element der Reallasten vorkommt, nicht aber die Anknüpfung der Verpflichtung

den Besitz des Grundstücks, an welches die Reallast geknüpft ist[1]); das berechtigte Subject kann zwar ebenfalls durch den Besitz eines Grundstücks, Amtes, oder irgend einen andern Zustand bestimmt werden, allein auch die Berechtigung eines bestimmten menschlichen Individuums als solchen ist zulässig[2]). — Charakteristisch ist also für den Begriff der Real-

---

an ein Grundstück, z. B. bei der Verbindlichkeit bestimmter Personen zu Jahresrenten oder wiederkehrenden Leistungen überhaupt. Diese sind insofern den Reallasten analog zu behandeln, als auch bei ihnen die Präjudicialklage auf Anerkennung des Rechts im Ganzen statthaft erscheint. Ganz besonders ist dieß dann der Fall, wenn solche dauernde oder gar unbegränzte Leistungen juristischen Personen, z. B. dem Fiscus oder Gemeinden, obliegen.

1) Völlig verkannt hat diesen Zusammenhang Walter D. Pr.-R. §. 149 N. 8. Die von ihm vermißte Construction der Fortsetzung der obligatio in der Person des neuen Besitzers liegt ja vollständig in meiner Begründung der Reallasten als an einen Zustand geknüpfter Obligationen. Dasselbe gilt von den Papieren au porteur u. s. w.

2) Dieß sind die Elemente des juristischen Charakters der Reallasten (s. §. 168 Not. 2). Sie sind wirkliche Forderungsrechte mit den angegebenen Eigenthümlichkeiten, und nicht dingliche Rechte, weil sie Handlungen der Personen zum Gegenstande haben, und nicht eine Einwirkung auf die Substanz einer Sache gewähren. Ich freue mich, jetzt auch die Uebereinstimmung Savigny's mit meiner Auffassung der Reallasten (Obligationenrecht I. S. 134) für mich anführen zu können. — Daher sind die Reallasten 1) keine gewöhnlichen hypothekarischen Forderungen (s. die bei Duncker Reallasten §. 3 Citirten), auch 2) keine Prädialservituten (s. die bei Duncker §. 5 Citirten). Auch ist 3) Nichts gewonnen, wenn man die Reallasten subjectiv-dingliche Rechte (Eichhorn), dingliche Obligationen, Forderungsrechte im Gewande des Immobiliarsachenrechts, eigenthümliche deutschrechtliche jura in re nennt (Mittermaier, Ortloff); s. Duncker a. a. O. §. 8—14. Unrichtig ist es ferner, wenn man 4) die Reallasten als Verpflichtungen eines personificirten Grundstücks ansieht (Duncker's Ansicht), — eine Fiction, die sich nicht erweisen läßt, s. §. 138 (4). Sie sind aber auch 5) nicht dadurch juristisch zu charakterisiren, daß man sie eine Pertinenz eines dinglichen Rechts am verpflichteten Grundstücke nennt, analog den persönlichen Rechten des Gutsherrn neben seinen dinglichen (Albrecht Gewere S. 165); denn wäre dieß auch für die Entstehung einer einzelnen Art von

lasten, daß jeder Besitzer des Grundstücks als solcher zu leisten hat. Oft genug hat man sich bei ihrer Beurtheilung deshalb durch ihre Aehnlichkeit mit den Servituten täuschen lassen; bei beiden Instituten sei die Last „an das Grundstück angeknüpft". Man hat dabei verkannt, daß diese Aehnlichkeit nur eine ganz äußerliche des letzten sichtbaren Erfolgs ist, und die innere Verschiedenheit des juristischen Baues übersehen. Bei den Servituten ist das Grundstück das Object des Rechtes, bei den Reallasten dagegen nur das Piedestal, auf welchem das in sich selbstständige Rechtsverhältniß mit eigenem Objecte ruht. Beides führt zu einem Uebergang der Last auf den Besitzer des Grundstücks als solchen, aber in welch' unendlich verschiedener Weise!

Wirkliche Reallasten sind die Verpflichtung zur Leistung von Grundzinsen, Zehnten und Realfrohnen, so-

---

Reallasten begründet, so bleibt es einerseits eine nicht in die innere juristische Natur eindringende Beschreibung und ist andererseits bei vielen andern Reallasten durchaus nicht zutreffend. Die Reallasten sind 6) auch keine dinglichen Rechte, welche auf einer Theilung des Inhalts der Gewere an einem Grundstücke beruhen (Renaud Beitrag zur Theorie der Reallasten 1846); s. Gerber in Schneider's kritischen Jahrbüchern Jahrgang 1846 S. 782 flg. Weder historisch noch dogmatisch richtig ist es endlich 7) wenn Bluntschli d. Pr.-R. §. 90 die Reallasten als dingliche Hoheitsrechte bezeichnet. Die Ansicht Walter's §. 148 ist nur eine Verbindung der Duncker'schen Meinung (das Grundstück als verpflichtetes Subject) und der Praxis, welche das Recht als Ganzes und das Recht auf die einzelne fällige Leistung sondert. Frieblieb in s. §. 168, 1 cit. Schr. sucht die Theorie der Reall. auf das deutschrechtliche Princip vom Fruchterwerbe zurückzuführen. — Die Reallasten sind also Obligationen; mag auch immerhin eine lange irrthümliche Jurisprudenz die Analogie der dinglichen Rechte, z. B. der Servituten, darauf angewandt haben, so darf diesem Irrthume gegenwärtig keine Concession mehr gemacht werden. — Es giebt keine technische Bezeichnung der Berechtigung bei Reallasten im Allgemeinen, wohl aber für die einzelnen, z. B. Zehntrecht, Zinsrecht, Frohndrecht.

fern sie einen privatrechtlichen Charakter haben im Gegensatze der durch Staats- oder Gemeindebürgerpflichten gebotenen Verbindlichkeiten von gleichem factischen Inhalte[3]). Auch das

3) Manche haben den Umfang der Reallasten über die genannten Arten ausgedehnt, Manche wieder beschränkt. 1) Jene (z. B. Maurenbrecher Lehrbuch Bd. 1 §. 327—346) rechnen hierher die Deich- und Siellast, die Steuern, Landfolge, Gemeindelasten, Nachsteuer und Abschoß; aber alle diese Verpflichtungen sind staatsrechtlicher Natur und aus dem Privatrechte zu verbannen. Zwar sind auch Zinsen, Zehnten, Frohnden in der Regel aus Herrschaftsverhältnissen entsprungen, welche zur Zeit ihrer Wirksamkeit zu den öffentlichen Gewalten gehörten; jene Herrschaftsverhältnisse, als Vogtei, Leib- und Gutsherrschaft, haben aber entweder mit der Entstehung des modernen Staats ihren Charakter als öffentliche Gewalten verloren, oder sie sind überhaupt durch die Gesetzgebung beseitigt worden, und die daraus entstandenen Reallasten sind dadurch auf den Boden des Privatrechts verpflanzt worden. Es ist demnach heutzutage für das geltende Recht nur der Gesichtspunct entscheidend, ob eine Leistung der Staatsgewalt oder Gemeindeobrigkeit als solcher oder einem Privaten geschuldet werde, und nur im letzteren Falle finden die Grundsätze von den Reallasten Anwendung. Eine weitere Ausdehung auf den Canon bei der Emphyteuse und dem Erbpacht, die Lehndienste (s. auch oben §. 120 Not. 1) und die Lehnwaare (s. §. 143) ist aus dem Grunde zu verwerfen, weil allen diesen Lasten die rechtliche Voraussetzung der Reallasten fehlt, daß nämlich der Besitz eines Grundstücks das verpflichtete Subject herstellt, indem das verpflichtende Element hier vielmehr eine vertragsmäßige Unterwerfung ist. (Daß übrigens unter Umständen auch die Grundzinsen des Colonen zu den Reallasten gehören können, zeigt gut Häberlin Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 18 S. 157.) Das Mortuarium gehört, sofern es nicht seine ursprüngliche Natur verloren hat, nicht hierher, weil es eine Last der Leibeigenschaft, mithin durch den Besitz eines *bestimmten* Grundstücks gar nicht bedingt ist. 2) Die Ausschließung der Frohnden von den Reallasten durch Renaud a. a. O. S. 48 ist nur eine Consequenz seiner unhaltbaren Theorie. Gegen die Behauptung Renaud's, daß die Dienste nicht auch aus den Verleihungen von Grundstücken entstanden seien, s. Wigand Provinzialrecht v. Paderborn u. Corvey Bd. 1 S. 247. — Ebensowenig läßt es sich rechtfertigen, wenn Unterholzner Verjährungslehre 2. Bd. S. 237 Note 677 die Zehnten nicht den Reallasten beizählen, sondern als eine Art Nießbrauch betrachten will. Aehnlich Sa-

Wittum, die Apanage und die Leibzucht können den Charakter der Reallast empfangen[4]); denn die Reallasten sind sehr allgemeine Obligationsformen, deren möglicher Inhalt nicht auf die oben genannten, durch die Geschichte überlieferten Arten beschränkt ist, sondern jedes persönliche Verhältniß sein kann, welches im Uebrigen den Bedingungen dieser Rechtsform entspricht[5]). Grundzinsen, Renten und Gülten werden freilich immer der häufigste Inhalt der Reallasten bleiben.

b) Entstehung.

§. 170.

Es ist der Fall gewesen, daß Reallasten durch ein Gesetz begründet wurden[1]). Dieß erklärt sich durch die eigenthümliche Beziehung einzelner Grundlasten zu der öffentlichen

---

vigny System Bd. 2 S. 378 Note e, verleitet durch einen hier irrelevanten Umstand.

4) Dieß ist dann der Fall, wenn diese Rechte 1) in der Befugniß bestehen, Leistungen (Renten, Beköstigung, Verpflegung, Baulast u. s. w.) in dem Sinne der Not. 2 des §. 168 zu verlangen; 2) wenn die Verbindlichkeit zu diesen Leistungen so bestellt wird, daß sie den Besitzer eines bestimmten Grundstücks als solchen trifft (was bei dem bäuerlichen Altentheil im Zweifel angenommen werden muß, s. Runde Ztschr. f. deutsch. R. Bd. 7 S. 24 flg.). Ist dagegen eine oder die andere dieser Voraussetzungen nicht vorhanden, so sind diese Rechte in der Regel als gewöhnliche Forderungsrechte ohne die Eigenthümlichkeit der Reallasten aufzufassen.

5) Ueber diese Bedingungen vgl. die vorige Anmerkung. Vorausgesetzt wird natürlich wie bei allen Obligationen ein Interesse an der Leistung, und die Möglichkeit, daß sie jede Person ohne Rücksicht auf individuelle Eigenschaften bewirken könne. Dagegen ist es kein Erforderniß, daß sie sich auf das specielle Bedürfniß eines herrschenden Grundstücks beziehen müßten.

1) Dieß war der Fall mit dem kirchlichen Zehnten, z. B. Capitul. a. 779 cap. 7. Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte §. 186. Oft auch bei den Frohnden.

Gewalt in gewissen Zeiten der Geschichte[2]); im heutigen Privatrechtsverkehr besteht dieser Entstehungsgrund nicht mehr, da ein Gesetz das besondere, individuelle Verhältniß des Berechtigten zum Verpflichteten nicht ergänzen kann, welches die freie Disposition der Parteien als Grundlage der Reallast hervorbringt[3]). Eine Reallast kann dagegen begründet werden 1) durch einen qualificirten Vertrag[4]). Ein Vertrag ist zunächst ein Entstehungsgrund für das persönliche Verhältniß der ersten Subjecte der Reallast; um aber auch die zukünftigen Besitzer des belasteten Grundstücks als solche zu verbinden, bedarf es eines Actes, welcher die Anknüpfung der Verbindlichkeit an das Grundstück darzustellen vermag[5]). Das

2) Zwar ist nicht zu verkennen, daß der Zehnte keineswegs überall, wie bei der fränkischen Eroberung Sachsens, gleich einer Kirchensteuer aufgelegt wurde, sondern — namentlich im fränkischen Reiche und den romano-germanischen Ländern überhaupt — zum großen Theil auf dem aus der römischen Zeit herübergekommenen rein privatrechtlichen Verhältniß des Erbpachtes an Staatsländereien beruhte; aber eben deshalb, weil der Zehnte häufig eine vom Staat an die Kirche abgetretene Domanialrevenue war, konnte über denselben anders als durch Privatverträge, nämlich durch Gesetze disponirt werden. — Bei den Frohnden fand insofern etwas Aehnliches statt, als die rein öffentlichen Dienste, Land- und Gerichtsfolge, mit den Privatfrohnden, bei der regelmäßigen Gleichheit der berechtigten Subjecte, vermischt wurden. — An die Stelle dieser Gesichtspuncte ist heutzutage allgemein die privatrechtliche Anschauung getreten.

3) Es ist deshalb ganz falsch, wenn man, was von Vielen geschieht, ganz allgemein Gesetz und Gewohnheitsrecht auch vom Standpuncte der heutigen Dogmatik aus als Quelle von Reallasten ansieht. Hierbei geschieht es noch, daß regelmäßig das Gewohnheitsrecht mit dem Herkommen, d. h. dem unvordenklichen Besitze, verwechselt wird.

4) S. über diese Frage Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 11 S. 450 flg., wo auch die abweichenden Ansichten erwähnt sind.

5) Durch eine regelmäßige Disposition ist dieß nicht zu erreichen; denn die Tragweite des Personenwillens ist eine durch seine Natur be-

ältere Recht gebrauchte zu diesem Zwecke die gerichtliche Auflassung, welche das persönliche Recht in die Form einer Gewere am Grundstücke[6]) einhüllte. Das neuere Recht hat sich nun hieran angeschlossen und legt diese Wirkung einem solennen Ausspruche des Richters bei, der bald die Form einer bloßen Confirmation des Vertrags, bald die Form der Eintragung der Last in das öffentliche Grund- und Lagerbuch hat[7]). 2) Durch letztwillige Verfügung kann eine Reallast begründet werden, wenn derselbe gerichtliche Act hinzutritt. Eine Ersitzung der Reallasten im Allgemeinen findet nicht

---

gränzte, und es liegt innerhalb dieser Grenze keine Möglichkeit, ohne Weiteres an eine fremde, zukünftige Thatsache (den Besitz eines Grundstücks) die Wirkung der Verpflichtung eines Dritten anzuknüpfen. Wenn nun das Recht kein Mittel an die Hand gäbe, so könnte dieser außerordentliche Erfolg nur erreicht werden durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt, ein Privilegium. Eines solchen bedarf es jedoch nicht, da das Recht in der That ein Mittel zur Hervorbringung jener Wirkung kennt. Dieß ist nach der fast durchgehenden Bestimmung älterer und neuerer Gesetze und einer constanten Praxis der solenne Ausspruch des Richters. Beim ältern Rechte war diese Schwierigkeit gar nicht vorhanden, indem bei dem Mangel jeder genaueren Bestimmung der juristischen Natur dieser Rechte, auch zu ihrer Constituirung die für alle wirklich oder vermeintlich binglichen Rechte gebräuchliche Form der Uebertragung einer Gewere für passend erachtet wurde. Das neuere Recht hat nun dieselbe Form der gerichtlichen Auflassung zu dem oben angedeuteten Zwecke beibehalten, der freilich von ihrer Bedeutung im Mittelalter ganz verschieden und erst durch die juristische Erkenntniß der neueren Zeit zum Bedürfniß geworden ist; darin liegt allerdings etwas Singuläres, Willkürliches, indem die Natur des gerichtlichen Actes nicht schon von selbst zu jener Wirkung führt, aber diese Singularität ist positiven Rechtes.

6) Duncker a. a. O. S. 470. Albrecht Gewere Note 364. Kraut Grundriß §. 145. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848) S. 328. Von der Natur dieser Gewere soll in nächsten Paragraphen die Rede sein.

7) Duncker a. a. O. S. 479 flg.

Statt [8]); wohl aber wird ein seit unvordenklicher Zeit (Herkommen) bestehender Quasibesitz der Berechtigung, eine Reallast zu fordern, geschützt.

Zur Verwandlung des Gegenstands der Leistung in einen andern sind dieselben Erfordernisse zu erfüllen, welche für die Entstehung der Reallast überhaupt bestehen [9]); eine Uebertragung der Reallastberechtigung auf ein anderes Subject ist nach den Grundsätzen der Cession der Forderungen [10]) überall

---

8) Ueber die unrichtigen Ansichten Anderer, nach denen bald die Servitutenersitzung, bald die Ersitzung von 30 Jahren eintreten soll, s. Duncker Reallasten S. 138 flg. Der Letztere nimmt dagegen einen durch Erlöschen der Negatorienklage entstehenden Zustand von Unanfechtbarkeit an, S. 145 flg. An und für sich ist freilich die Negatorienklage mit der Natur der Reallasten unvereinbar; denn diese sind lediglich obligatorische Verpflichtungen, keine Eigenthumsbeschränkungen, und nur gegen die Anmaßung letzterer ist die Negatorienklage, die partielle Vindication, gerichtet. Die Praxis hat aber, nach Analogie der Servituten seit langer Zeit die Negatorienklage zugelassen, welche bei der Möglichkeit einer auf bloßen Besitzschutz gegründeten Berechtigung eine gewisse Nothwendigkeit zu haben scheint; wenn man dieß aber auch anerkennt, so wird man darin doch nur einen singulären Rechtssatz erblicken, der nicht zum eigentlichen Bau des Instituts gehört und aus dem ein Rückschluß auf das Wesen des letzteren unstatthaft ist.

9) Duncker Reallasten S. 159 flg. u. A. lassen hier einen einfachen Vertrag der jetzigen Parteien genügen. Dieß ist unrichtig, weil dieselben Schwierigkeiten, welche in der Note 5 genannt sind, auch hier statt finden. Denn eine Abtrennung der allgemeinen Verpflichtung von ihrem Gegenstande, so daß der letztere ohne Veränderung des obligatorischen Verhältnisses überhaupt beliebig in einer für alle Nachfolger bindenden Weise umgestaltet werden könnte, ist durch Nichts gerechtfertigt, indem eine individuelle Obligation mit der Umwandlung ihres Gegenstands in eine ganz neue übergeht. Die Ursache jener Ansicht liegt wohl in dem unrichtigen Ausdruck „Surrogat"; aber juristisch betrachtet, findet hier kein Eintreten eines Surrogats statt, indem der ehemalige Gegenstand ganz ausgeschlossen wird.

10) Eichhorn Einl. §. 165. Anders Duncker a. a. O. S. 162. Manche Particularrechte schreiben auch hierzu Concurrenz des Richters

zulässig, wo jene nicht an ein Grundstück, Amt oder bloß an die Person des gegenwärtigen Inhabers geknüpft ist.

c) Petitorische und possessorische Rechtsmittel.

§. 171.

Dem Berechtigten steht gegen das verpflichtete Subject[1]) eine persönliche Klage[2]) auf die fällige Leistung zu; da jedoch der Grund der Verpflichtung in dem Besitz des Grundstücks liegt, so kann die Klage nur auf diejenigen Leistungen ge=

---

vor; vgl. die bei Duncker Note 98 und 261 a. citirten Gesetze. Dadurch wird aber der Begriff der Cession nicht ausgeschlossen, wie dieser Schriftsteller annimmt. — Eine translative Ersitzung der Zehnten soll nach der Ansicht der Meisten (Duncker S. 166) Cap. I de praescr. in VI. (2, 13) zulassen; dieß ist unrichtig, denn jene Stelle spricht nur von der Ersitzung einer Kirche in dem Sprengel eines Bischofs, und das Zehntrecht ist nur das Annexum davon *(ecclesias et* decimas).

1) Dieß ist immer der juristische Besitzer des Grundstücks, also nicht der bloße Eigenthümer (die Ausnahme bei Zehnten s. §. 18).

2) Abweichend hiervon nimmt man gewöhnlich eine doppelte Klage an, nämlich 1) eine Klage auf Anerkennung des gesammten Rechts, welche man actio confessoria utilis zu nennen pflegt, 2) eine Klage auf die einzelne fällige Leistung, eine actio pers. in factum. Diese Unterscheidung beruht auf der unrichtigen Annahme der dinglichen Natur des Rechts. Ebenso unrichtig ist daher die Ansicht Duncker's und Renaud's, daß nur eine dingliche Klage für beide Zwecke Statt finde. Daß hier nur eine und zwar eine persönliche Klage Statt finde, ergiebt sich aus der Note 2 des §. 168, nämlich aus dem Umstande, daß es sich hier um die Ausübung einer einzigen Obligatio mit einer Mehrheit der Leistungen handelt. Bei jeder Ausübung wird nun diese Klage wiederholt, die ihrer Natur nach nicht das Recht in seiner Gesammtheit consumirt, sondern nur das Recht auf die einzelne Leistung. Es lassen sich freilich Verhältnisse denken, in welchen dieß Verfahren nicht genügt, sondern auch ohne Rücksicht auf einen eingetretenen Fälligkeitstermin, auf Anerkennung des Rechts im Ganzen geklagt werden muß; über die hier zulässige Präjudicialklage s. Note 4. — Ueber die von der Praxis angenommene Negatorienklage s. oben §. 170 Note 8.

richtet werden, welche während des Besitzes des Beklagten fällig werden. Daher kann weder der jetzige Besitzer wegen der Rückstände des früheren Besitzers, noch der ehemalige Besitzer wegen derjenigen Leistungen belangt werden, die erst nach Verlust seines Besitzes fällig geworden sind [3]). Auf Anerkennung des Rechts im Ganzen kann mit einer Präjudicialklage geklagt werden [4]).

Ein allgemeines Gewohnheitsrecht, gestützt auf das canonische Recht [5]), läßt auch einen Besitz des Rechtes der

---

3) Dereliction oder Uebertragung des Grundstücks auf einen Dritten befreit daher den bisherigen Besitzer nur von der Verpflichtung zu den künftigen Leistungen, nicht auch von denen, welche während des alten Besitzes fällig wurden; denn bis zum Aufgeben des Besitzes bestand der Zustand, welcher die Verpflichtung erzeugte. Eichhorn §. 166. Maurenbrecher Lehrb. §. 321 Note 2. A. Ansicht sind Duncker a. a. O. §. 36 u. §. 16, IV (die daselbst angeführte Unterger.-Ordn. von Braunschweig sagt dieß wohl nicht, denn „de vorseten tynse" heißt der fällige Zins, nicht aber an und für sich der unter einem früheren Besitze fällig gewordene; s. auch daselbst Note 20) und Renaud a. a. O. S. 95 u. A. m. Eine Berufung auf l. 7 Dig. de publicanis (39, 4) sollte man nach dem Inhalte dieses Gesetzes jetzt nicht mehr erwarten. Der Besitzer haftet demnach nur für diejenigen Lasten, welche während seines Besitzes fällig wurden.

4) Diese Präjudicialklage ist mit dem obligatorischen Charakter des Instituts wohl vereinbar. Ihre Zulässigkeit beruht auf dem Elemente der Dauer des Rechtsverhältnisses, welches in der Unerschöpflichkeit der Verpflichtung liegt, und das auf der einen Seite zur Möglichkeit der Annahme eines Quasibesitzes, auf der andern Seite zur Möglichkeit dieser Präjudicialklage führt. S. Windscheid die Actio u. s. w. 1856 S. 18.

5) Es ist eine jetzt sehr allgemein gewordene Behauptung, das ältere deutsche Recht kenne einen Quasibesitz an allen Rechten, welche auf Grund und Boden radicirt seien, und einen demselben entsprechenden Rechtsschutz; dieß soll dann die Grundlage sowohl des canonischen als des heutigen Rechts geworden sein. Statt Aller verweise ich auf Duncker in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 2 Heft 2 S. 26 flg. Diese Ansicht ist unrichtig, und es ist zu verwundern, wie man den Beweis derselben dadurch zu führen glauben konnte, daß man sich auf Urkunden und Stellen der Rechtsbücher berief, in denen von einer Gewere an solchen

Reallast zu, welcher sich durch die Möglichkeit einer fortgesetzten Ausübung des letzteren und die Verbindung desselben

---

Rechten die Rede ist. Gewere ist aber in keiner der angeführten Stellen so viel als Besitz, sondern hat auch hier nur die im §. 72 angegebene Bedeutung; einen Zins in seiner Gewere haben, heißt nämlich, ein Zinsrecht mit der durch gerichtliche Auflassung hervorgebrachten Wirksamkeit in seinem Vermögen haben (ein Zinsrecht als äußeres Kennzeichen des Eigenthums an einem zur erblichen Nutzung verliehenen Grundstücke [Sachsensp. Lehnr. 14 §. 1] wird zwar ebenso bezeichnet, es concurrirt aber zugleich mit einer Gewere am Grundstücke, mit welcher es oft confundirt wird). Vgl. z. B. Altes Kulmisch. Recht IV, 25 (Leman S. 110) und die Stellen bei Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart (1848) S. 329 flg. Daß das ältere deutsche Recht den Besitz der Rechte an sich nicht kennt, hat nachgewiesen Bruns a. a. O. S. 332. Bruns irrt nur, wenn er dessenungeachtet annimmt, „daß der Besitz des Rechts stets durch den Besitz der Sache vermittelt worden sei"; denn einerseits giebt es ja eine Zinsgewere, welche gar keinen Besitz der Sache selbst oder ein besonderes Recht daran voraussetzt, anderntheils kennt das deutsche Recht, wie gesagt, noch gar keinen von dem petitorischen verschiedenen possessorischen Schutz der Rechte. Die berühmte Stelle „Len ane gewere is niut len" legt zwar dem Besitze eine juristische Bedeutung bei, ohne ihn aber dadurch als selbstständiges Recht anzuerkennen. Vgl. Gerber in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11 S. 14 flg. (Die Stelle der Hamb Stat. II, 1, de den ervetyns in syner were heft is nager to beholdende, denne jenich man af to gewinne, spricht nur die Regel aus, daß die factische Ausübung eines Rechts processualische Vortheile gebe; darin liegt aber nicht die Erhebung des Besitzes zum Rechte.) Der Besitzschutz dieser Rechte beruht mithin allein auf einer Anwendung der Grundsätze des canonischen Rechts und der italienischen Praxis (vgl. Bruns S. 373 flg.), und der Antheil des deutschen Rechts reducirt sich darauf, eine Menge von Rechtsinstituten geschaffen zu haben, auf welche die canonische Besitzlehre sehr leicht Anwendung finden konnte. Dieß um so mehr, als die dem deutschen Rechte bekannten Rechtsmittel noch so wenig individuell und charakteristisch entwickelt waren, daß jenem theoretischen Verfahren nichts Positives entgegenstand. Wenn man übrigens den Besitz der Rechte überhaupt in einer weiteren Ausdehnung zuläßt, als dieß im römischen Rechte geschieht, so ist die Anwendung desselben auf Reallastberechtigungen gewiß gerechtfertigt; denn gerade das, was sonst

mit einem Grundstücke theoretisch rechtfertigt. Der Besitz der Reallast wird erworben durch einmalige Ausübung der darin enthaltenen Berechtigung[6]); er wird verloren durch Aufgeben desselben von Seiten des Berechtigten, und durch Leistungsverweigerung auf Grund einer Abläugnung des Bestehens einer Reallast überhaupt[7]). Zum Schutze des verlorenen Besitzes wird die Spolienklage[8]), zum Schutze eines bloß gestörten Besitzes das interdictum uti possidetis gewährt. Der Versuch eines Dritten, den Berechtigten an der Ausübung der Reallast zu hindern oder sich selbst die geschuldete Leistung zu verschaffen, wird ebenfalls als eine Besitzstörung angesehen; ist der Versuch aber zur wirklichen Ausführung gekommen, so wird eine Besitzentsetzung angenommen, und in beiden Fällen werden auch gegen den Dritten die entsprechenden possessorischen Rechtsmittel gegeben[9]).

d) Erlöschung der Reallasten.

§. 172.

Neuere Gesetze[1]) verpflichten bei bestimmten Arten der Reallasten (sofern sie nicht ohne Entschädigung aufgehoben

---

den Besitz bei Obligationen ausschließt, nämlich die sofortige Auflösung durch solutio, findet hier nicht Statt, wo die Natur des Rechts eine fortdauernde Ausübung zuläßt.

6) Duncker a. a. O. S. 57 flg. Bruns a. a. O. S. 201 flg.

7) Duncker a. a. O. S. 78. Bruns a. a. O. S. 210. Unrichtig ist, einen Besitzverlust durch bloßes Unterbleiben der Leistung, oder erst bei einer auf eine Leistungsverweigerung erfolgten Beruhigung anzunehmen.

8) Savigny Bes. (6. Aufl.) S. 631.

9) So richtig auch die Bedenken Duncker's a. a. O. S. 87 flg. gegen die Ausdehnung des Besitzschutzes gegen Dritte vom Standpuncte des römischen Rechts sind, so hat doch das canonische Recht den im Text ausgesprochenen Grundsatz positiv festgestellt. S. can. 6 X. de arbitr. can. 15 X. Coll. I de decimis. can. 19 X. de rest. spol. can. 2 in VI. eod. S. Bruns a. a. O. S. 214 flg.

1) Solche Gesetze waren in vielen Staaten schon früher erlassen;

werden) den Berechtigten, gegen eine bestimmte Ablösungssumme sein Recht an den Verpflichteten aufzugeben. Abgesehen davon und den allgemeinen Aufhebungsgründen (Vertrag, Confusion in Folge eines Erwerbs des belasteten Grundstücks durch den Berechtigten oder eines Erwerbs des berechtigenden Grundstücks durch den Verpflichteten) erlischt eine Reallast durch Aufhören des Zustands, welcher die Verpflichtung erzeugte, nämlich Untergang des belasteten Grundstücks. Wegfall der Veranlassungsgründe der Reallast, z. B. der Guts- und Grundherrschaft, oder die Verwandlung eines belasteten Colonatrechts in freies Eigenthum kann dagegen nicht immer schon an sich als Aufhebungsgrund gelten, weil im Laufe der Zeit diese Lasten ihren accessorischen Charakter häufig gegen eine selbstständige privatrechtliche Stellung vertauschten; es ist dieß daher eine Frage des einzelnen Falls[2]). Eine Aufhebung der Reallast durch Verjährung findet nicht Statt[3]); dagegen hat hier die Berufung auf die Verjährung der Klage[4])

---

das Jahr 1848 hat sie in allen deutschen Ländern hervorgebracht. Das Ablösungsgeschäft muß, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich das Gegentheil bestimmt, so ausgelegt werden, daß die Reallast bis zur wirklich erfolgten Zahlung bestehen bleibt, hingegen nicht so, daß mit der Anmeldung der Ablösung das alte Recht sofort untergeht, um nun einer gewöhnlichen *obligatio* zur Zahlung der Ablösungssumme Platz zu machen (wichtig wegen der Wirkung des Concurses u. dergl.).

2) Die Entscheidungen dieser Frage bei Renaud Beitrag zur Theorie der Reallasten S. 121 sind nicht durchweg richtig, weil sie von dem unhaltbaren Princip dieses Schriftstellers ausgehen.

3) Darüber herrschen verschiedene Ansichten, indem man bald den Ablauf von 31 Jahren nach erfolgter Leistungsverweigerung, bald die Servitutenverjährung will eintreten lassen. S. Duncker Reallasten S. 151 flg. Es fehlt aber an allem Rechtsgrunde einer solchen Verjährung. Ueber die Verjährung des kirchlichen Zehnten s. Unterholzner Verjährungslehre 2. Bd. S. 238.

4) Die Verjährung der Klage läuft für jeden einzelnen Fall ihrer Anstellung, also bei jeder fälligen Leistung besonders; I. 7 §. 6 Cod.

und auf Nichtleistung seit unvordenklicher Zeit die gewöhnliche Wirkung.

III. Aufhebung der Forderungsrechte (Zahlung).

§. 173.

Die Zahlung einer geschuldeten Summe*) kann direct geschehen, durch Baarzahlung oder Compensation; sie kann aber auch eine indirecte sein, nämlich Tilgung der Schuld durch Anweisung, Zahlungsmandat, Wechsel, Delegation, Bankzahlung[1]). Die indirecten Zahlungen sind besonders häufig im kaufmännischen Verkehr zur Ersparung der Münzmenge, Zeit und des Geldtransports. Diese Rücksichten haben auch eine besondere Form der kaufmännischen Zahlung erzeugt, welche dafür die meiste Befriedigung bietet, nämlich die Scontration[2]). Hierbei treten mehr als zwei Personen freiwillig zusammen und tilgen ihre gegenseitigen Forderungen ganz oder

---

de praescript. XXX vel XL annor. (7, 39). Demnach hat diese Verjährung eine doppelte Wirkung, 1) es erlischt das Klagerecht für den einzelnen bestimmten Fall, 2) es erlischt das Klagerecht überhaupt, wenn die Klage seit 30 Jahren nicht angestellt wurde, und in dieser Zeit keine Leistung erfolgte. Dieß erklärt sich aus der besonderen Natur der Reallasten und der Klage derselben. Diese ist nämlich 1) eine Klage auf eine einzelne Leistung, indem sie nicht den gesammten Inhalt der Obligatio, sondern nur einen abgesonderten Theil vor das Judicium führt, 2) sie ist aber trotzdem doch eine Ausübung der gesammten Obligatio, da die Reallast sich eben als eine Obligatio mit gespaltenen Leistungen charakterisirt. Die abweichenden Meinungen der übrigen Schriftsteller, welche meistens auf einem Verkennen der Natur der Reallasten und einem ungehörigen Hereinziehen der Servitutenverjährung beruhen, s. bei Duncker a. a. O.

*) Ueber den Ort, wo in Handelssachen gezahlt werden müsse, sowie über die Gefahr und die Kosten der Geldsendung s. H.-G.-B. Art. 325. 342.

1) Thöl a. a. O. §. 112. 113.

2) Thöl §. 134—136.

theilweise durch Compensation, indem sie mit Hülfe der wechselsweisen Delegation die allseitige Möglichkeit jener herbeiführen[3]).

Zweites Capitel.

Die einzelnen Forderungsrechte[1]).

Erster Abschnitt.

Geschäftsobligationen.

I. Kauf.

1) Ueberhaupt.

§. 174.

Die Lehre vom Kaufe hat sich von den darüber geltenden Bestimmungen des römischen Rechts heutzutage wenig entfernt. Denn abgesehen von der reichsgesetzlichen[2]) Be-

3) z. B. der Schuldner läßt durch seinen Schuldner seinem Gläubiger Zahlung versprechen, oder dem Gläubiger seines Gläubigers. Je mehr Personen zusammentreten, desto complicirter wird das Geschäft.

1) Die Classification der einzelnen Obligationen nach einem bestimmten systematischen Principe ist nach dem Stande des deutschen Rechts in dieser Lehre so wenig durchführbar, daß selbst ein Versuch als ein Irrthum betrachtet werden müßte. Ein wirkliches System der Obligationen läßt sich nur in einer Wissenschaft herstellen, die die ganze Summe der alle Seiten des Rechtslebens durchdringenden Forderungsrechte umfaßt. Das deutsche Recht kann aber nach unserer Auffassung hier nur Einzelheiten liefern, Nachträge zu dem nicht geschlossenen Obligationensysteme des römischen Rechts. Kategorieen, wie sie versucht worden sind, z. B. deutsche und römische Verträge, einfache und zusammengesetzte Verträge, sind gar zu mechanisch und stammen ohnedieß aus der unrichtigen Classification der Obligationen nach Entstehungsgründen. Einer Eintheilung in Obligationen des gemeinen, des Handels- und Gewerbeverkehrs würde theils das im §. 155 Bemerkte entgegenstehen, theils würde die Abgränzung nicht mit Sicherheit geschehen und in keinem Falle auch hier Vollständigkeit erreicht werden können.

2) Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 19 §. 2. 3: „— Hierauf setzen und ordnen wir abermals, daß gleichwohl männiglich dem armen

schränkung des Kaufs der Früchte auf dem Halme, welcher nur gestattet wird, wenn der Kaufpreis dem zur Zeit des Contracts oder vierzehn Tage nach der Ernte geltenden Marktpreise gleichkommt, verändert das deutsche Recht nur die Wandlungsklage, gemäß seinem dem ädilitischen Edicte gerade entgegengesetzten Principe[3]). Hiernach trug der Käufer beim Kauf beweglicher Habe[4]) die heimlichen Mängel, sobald er den gekauften Gegenstand besehen und in seine Gewere gebracht hatte, der Verkäufer müßte denn den Schaden absichtlich verheimlicht haben[5]). Beim Kaufe von

---

Mann in der Noth, und damit er seine Güter desto stattlicher erbauen, auch sonst mit anderer Nothdurft sich erhalten möge, auf Wein, Frucht und anders fürzuleihen, oder zuvor auszugeben — erlaubt sein solle, jedoch daß dasselbig Führleihen oder Zuvorausgeben anders und mehrers nicht, als auf den Schlag und gemeinen Kauf, was nämlich der Wein oder Trayd zur Zeit des Contracts oder aber vierzehn Tage, die nechsten nach dem Herbst oder Erndten gelten, beschehe." (S. schon L. Longob. II, 31, 1; capit. a. 806 c. 7.)

3) Heise und Cropp juristische Abhandlungen Bd. 1 (1827) S. 163 flg. S. schon Lex Bajuvar. XV, 9 und Angelsächs. Ges. bei Schmid I, 27.

4) Bei Liegenschaften tritt die Theorie des gemeinen Rechts ein. Cropp a. a. O. S. 181 Note 27.

5) „Augen für Geld." — S. das alte Lüb. Recht, Cod. Brok. II, 316 und 283, ferner bei Hach das alte Lueb. R. II, 239 und III, 322 (s. auch Hamburger Statut v. 1292, 22, und von 1497 bei Lappenberg S. 293, XIII). Vgl. die Hamburger Statuten von 1603 P. II, 8, 17. Daß dieß Princip noch heutzutage gemeinrechtlich anwendbar sei, läßt sich nicht erweisen, Cropp a. a. O. S. 168 flg. Man unterscheide jedoch von der Frage über das Bestehen eines solchen Rechtssatzes die Frage, ob nicht im einzelnen Falle der Käufer, weil er zu Mängeln schwieg, die ohne große Nachlässigkeit gar nicht übersehen werden konnten, als auf seinen Regreß verzichtend betrachtet werden muß. Ein ausdrücklicher Verzicht auf die Geltendmachung sichtbarer Mängel liegt in den Worten: „Besicht erklärt", „Empfang erklärt". S. übrigens Thöl Handelsrecht §. 82. Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 1 S. 389 flg. Blätter für Rechtsanwendung in Bayern 1848 S. 305 flg.

Thieren dagegen wird noch jetzt der Käufer in dieser Beziehung auf der einen Seite darin begünstigt, daß er selbst nach abgeschlossenem Kaufe noch wandeln darf, wenn innerhalb einer bestimmten Frist[6]) Mängel hervortreten, auf der andern Seite darin beschränkt, daß diese Befugniß nur wegen bestimmter Hauptmängel[7]) gewährt wird. Die Würderungsklage kann daneben nicht zugelassen werden[8]).

So wenig hiernach die Grundsätze des Kaufvertrags an sich wesentliche Veränderungen erlitten haben, so bedeutend sind doch für die juristische Beurtheilung die Einwirkungen der besonderen Beziehungen des kaufmännischen Verkehrs, dessen hauptsächlichste Form dieses Geschäft bildet. Vorerst bedarf es jedoch der Darstellung einer Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts, welche nicht das innere Wesen des Kauf-

6) Diese Fristen werden sehr verschieden bestimmt, am häufigsten auf die Zeit von 14 Tagen. Vermehrter Sachsensp. IV, 13, 19, Frankfurter Reform. II, 9, 7, Cod. Maximil. Bavar. IV, 3, 23, n. 5 u. 6, Preuß. Landr. I, 11 §. 199 flg., Oesterr. Gesetzb. Art. 924 flg. Heimbach Sächs. Privatr. (1848) §. 243, Haubold Sächs. R. §. 283, Weishaar würtemb. Privatr. §. 997. Regelmäßig stellen die Gesetze die Vermuthung auf, daß ein in dieser Zeit entdeckter Mangel vor der Uebergabe des Thiers vorhanden gewesen sei. Bedingung der Gewährleistung ist aber sofortige Anzeige beim Verkäufer. Neue Gesetze über diesen Gegenstand in Bayern, Baden und Würtemberg aus den Jahren 1859 — 1861.

7) Diese Theorie schrieb man irrig früher dem römischen Rechte zu. S. Glück Pandecten 20. Bd. S. 117. — Vgl. über die Hauptmängel außer den in der vorigen Note angeführten Gesetzen noch die Bremer Statuten (1433) Ord. 55, d. Alte Soester Schrae Art. 58, das Sächs. Weichbild 97. Man muß besonders darauf achten, ob die angeführten Fälle bloß als Beispiele, oder als ausschließliche Fälle der Gewährleistung gelten sollen. Als Hauptmängel bei Pferden sieht man in der Regel Stetigkeit, Rotz, Staarblindheit, Hartschlägigkeit, bei Rindvieh Drüsenkrankheit, schwere Noth, Darmfäulniß, bei Schafen die Pocken, bei Schweinen die Finnen an.

8) a. a. O. S. 169 Not. 12b. Weishaar §. 1004.

vertrags, sondern nur dessen Eingehung berührt; es giebt nämlich eine Voraussetzung, unter welcher der Staat oder eine Gemeinde den Privaten zur Abtretung eines Grundstücks zwingen kann (Expropriation), und Verhältnisse, durch welche gewisse Personen berechtigt werden, zu fordern, daß ein bestimmtes Grundstück an sie verkauft werde (Näherrecht).

2) Zwangskauf durch Expropriation[1]).

§. 174 b.

Im öffentlichen Interesse kann der Staat oder eine Gemeinde verlangen, daß ein Private Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen[2]) gegen volle Entschädigung abtrete. Eine

1) Treichler in der Zeitschrift für deutsches Recht XII S. 123 flg., (v. Wendt) Neuster Expropriationscodex oder vergleichende Darstellung der wichtigsten ältern und neuern Gesetze über Enteignung u. s. w. 1837. Häberlin (die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation) im Archiv für civil. Pr. 39. Bd. (1856) S. 1 und 147 flg. Martin im Archiv für pract. Rechtswissenschaft 9. Bd. (1861) S. 64 flg. u. 169 flg. Ueber das Preuß. Recht vgl. Bornemann system. Darstellung des Pr. Civilrechts (2. Aufl.) 3. Bd. S. 1 flg. S. auch Pr. Landr. I, 11 §. 4 flg. Oesterr. Gesetzb. §. 365. Großherzogl. Hess. Ges. v. 6. Jun. 1821. Kurhess. Ges. v. 30. Oct. 1834. K. Sächs. Ges. v. 3. Jul. 1835. Badisches Ges. v. 28. Aug. 1835. Bayrisches Ges. v. 17. Nov. 1837. Schwarzburg-Sondersh. Ges. v. 3. Apr. 1844. Coburg. Expropr.-Gesetz v. den Ständen angenommen im Januar 1848. — S. Klüber öffentl. R. d. deutsch. Bundes §. 551. — In den früheren Auflagen (bis zur fünften) wurde als das juristische Princip der Expropriation das eines derivativen Eigenthumserwerbs durch einseitige Erklärung des Expropriationsberechtigten angenommen. Diese Ansicht stützte sich auf die Auffassung, welche in mehreren neuen Gesetzgebungen vorherrscht. Allein ich habe mich überzeugt, daß dieses Princip nicht haltbar, und statt dessen allein die Auffassung als eines Zwangskaufs berechtigt ist. Hiernach bestimmt sich auch der Moment der Perfection. S. auch Koch Deutschlands Eisenbahnen 1. Abth. (1858) S. 21 flg.

2) Der Gegenstand der Expropriation kann allerdings auch eine bewegliche Sache sein; aber der bei Weitem häufigste Fall ist der, daß die Abtretung von Grundstücken verlangt wird. — Uebrigens kann

solche zwangsweise Abtretung wird jedoch regelmäßig auf folgende Fälle beschränkt[3]): 1) Erbauung nützlicher Landstraßen, Eisenbahnen, Kanäle, Schleußen, Brücken und Wasserleitungen; 2) Einrichtung oder Erweiterung von öffentlichen Plätzen, Straßen, Gottesäckern, Kirchen, Schulgebäuden, Spitälern und Festungen, 3) Schiffbarmachung von Flüssen, 4) Schutz einer Gegend vor Wassergefahr durch Dämme, 5) außerordentlicher Nothstand bei Wasser-, Feuer- und Kriegsgefahr. In allen diesen Fällen ist dem Expropriirten vollkommener Ersatz seines Schadens zu leisten, und er ist vor Empfang desselben in der Regel zur Ueberlassung des Grundstücks nicht verpflichtet. Vom Augenblicke der geschehenen Anmeldung der Expropriation ist der Eigenthümer nicht befugt, das Grundstück weiter zu belasten; schon bestehende dingliche Rechte Dritter werden, insoweit sie mit dem Zwecke der Expropriation unvereinbar sind, durch die letztere ebenfalls gegen volle Entschädigung der Betheiligten beseitigt. Sowohl über die Berechnung der Entschädigungssumme als über das Verfahren bei der Abtretung enthalten die neueren Gesetzgebungen besondere Durchschnittsregeln.

3) Zwangskauf beim Näherrecht (Retract).

a) Begriff.

§. 175.

Das Dispositionsrecht über das Grundeigenthum ist abgesehen von den in den Resten des Stammgutssystems lie-

---

der Staat das Recht der Expropriation auch Privaten, z. B. Eisenbahngesellschaften, einräumen.

3) Es können weder bloß Fälle der äußersten Noth, noch auch schon der bloßen Annehmlichkeit entscheiden, wohl aber Fälle einer offenbaren Zweckmäßigkeit. Eine Art der Expropriation findet auch in Betreff des zum Bergwerksbetrieb nothwendigen Grund und Bodens Statt. Vgl. darüber §. 95.

genden Modificationen heutzutage jener Beschränkungen entledigt, welche durch die Rechte der nächsten Erben erzeugt wurden (§. 81). Die letzteren haben dagegen ihren ganzen Gehalt nicht eingebüßt, sondern in der Form von mittelbaren Erwerbsbeschränkungen eine neue Wirksamkeit gewonnen. Aber das deutsche Rechtsleben ist nicht dabei stehen geblieben, den Verkehr zu Gunsten individueller Interessen dieser einen Gattung hemmen zu lassen, sondern es hat diese Wirkung noch einer Reihe anderweiter persönlicher Beziehungen beigelegt. Die Form dafür ist das Näherrecht[1]) oder der Retract (Losung, Abtrieb, Einstandsrecht).

---

1) C. F. Walch das Näherrecht. 3. Aufl. 1795. — Die Entwickelung des Näherrechts aus dem Rechte der nächsten Erben läßt sich in den Statuten des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts leicht beobachten. Das alte Recht des Sachsenspiegels I, 52 war verdrängt worden; doch wollte man es nicht ganz fallen lassen, und verlangte daher, daß den Berechtigten die zu verkaufenden Grundstücke müßten a n g e b o t e n werden; bald sprach man allgemein innerhalb der bei diesem Institut so wichtigen Frist von Jahr und Tag den Berechtigten die Befugniß zu, die Sache bei unterlassener Anbietung noch nachträglich entgeldlich an sich zu bringen. Statuten, welche diesen Uebergang anschaulich machen, sind citirt bei Eichhorn Einleitung §. 99 not. f.; in dem Stadtrecht von Freiburg a. 1520 Bl. 35 b ist der Retract schon vollständig ausgebildet, und nach Gail practic. obs. II obs. 19, der sich auch auf Zasius, den Verfasser jenes Statuts, und viele mißverstandene Stellen des römischen Rechts beruft, galt das Institut schon ganz allgemein. Anwendungen des römischen jus protimiseos bei der Emphyteuse und häufige Berufungen auf Friedrich's II. Constitution (Pertz monum. IV, 332 und V, feud. 13) trugen wesentlich zur Unterstützung desselben bei. So lange das Institut auf die Interessen der nächsten Erben beschränkt war, hatte es seinen guten historischen und sittlichen Grund; ebensowenig war der Lehns- und grundherrliche Retract zu verwerfen. Die außerordentliche Ausdehnung desselben aber auf Interessen, die in der That sehr fern liegen, hat ihren Grund in der engherzigen und egoistischen Individualisirung, welche den allgemeinen Charakter des abgeschwächten deutschen Lebens in Zünften, Städten und Gemeinden seit dem sechzehnten Jahrhunderte ausmacht. Einen

Während das ältere deutsche Recht dem nächsten Blutsfreunde des willkürlichen Veräußerers von Grundstücken eine auf die Fiction des eingetretenen Erbfalls gestützte Vindication gewährt[2]), will das neuere Recht, dem jene Fiction und mithin die dingliche Klage fehlt, denselben thatsächlichen Erfolg durch eine persönliche Klage gegen Schadloshaltung des Erwerbers hervorbringen. Es verpflichtet deshalb den Käufer oder späteren Besitzer eines solchen Grundstücks zunächst zur Herausgabe desselben an den Retrahenten, diesen selbst aber zur Schadloshaltung des Beklagten, welche jedoch auf den Werth des Kaufpreises festgestellt ist. Der Retract ist mithin kein dingliches, sondern ein persönliches Recht; die Klage beruht nicht auf einem durch den Verkauf entstandenen dinglichen Rechte am Grundstücke, sondern auf einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Verpflichtung des Erwerbers gegenüber Demjenigen, welcher sich in der von dem Gesetze oder Gewohnheitsrechte vorausgesetzten Lage be-

---

interessanten Einblick in die Motive der damaligen Gesetzgebungspolitik gewähren jetzt die Württembergischen Landrechtsacten (1859) S. 164, wo auch das jus divinum angezogen wird. Heutzutage ist der Retract in Uebereinstimmung mit den Rechtsbegriffen der Gegenwart schon in vielen Ländern aufgehoben; s. Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 8 S. 250. Unrichtig ist es, bei dieser Veränderung des Rechtsbewußtseins in Deutschland mit dem letzteren Schriftsteller noch heutzutage die Gemeinrechtlichkeit des Retracts zu behaupten. Von den Particularrechten s. hauptsächlich das Oesterr. Gesetzb. §. 1072 flg. Preuß. Landr. I, 20 §. 568 flg. Bair. Landr. IV, 5. Haubold Sächs. R. §. 217 u. 218. Heimbach Sächs. Recht §. 217. 218. Kamptz Mecklenburg. Civilrecht S. 372 flg. Wächter Würtemb. Recht I. S. 308 flg. Steinacker Braunschweig. Recht §. 117. Grefe Hannöver. Recht II. S. 420 flg. Ueber Hessen s. v. Zangen Beiträge zum deutschen Rechte (1788) 1. Bd. S. 2 flg. 2. Bd. S. 1 flg. und dessen praktische Bemerkungen zur Lehre vom Abtriebsrechte. 1800.

2) Sachsenspiegel I, 52 §. 1.

findet [3]). Der Retract ist aber auch nicht ein Vorkaufsrecht, denn er enthält eine Verpflichtung des Erwerbers, nicht schon an und für sich des Veräußerers [4]). Er ist that=

3) Unhaltbar ist die Ansicht Renaud's a. a. O. S. 257 flg., daß die Retractsklage eine dingliche Klage sei. Welches dingliche Recht soll diesem Schutzmittel zu Grunde liegen? Soll etwa durch den Verkauf eines Grundstücks ein Eigenthum für eine dritte ganz fremde Person entstehen? Wo ist das Kriterum der Dinglichkeit, nämlich das Recht einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache? Die Analogie des Pfandrechts, welche dieser Schriftsteller anführt, paßt ganz und gar nicht, wenn man erwägt, aus welchen Gründen das Pfandrecht im römischen Rechte den Charakter eines jus in re empfangen mußte. S. Puchta Cursus der Institutionen 2. Bd. S. 709 flg. — Der Inhalt des Retracts ist ein aus einem Zustande entspringendes persönliches Recht. Dieß wird jetzt mißverstanden von Bluntschli d. Pr.=R. 2. Bd. S. 48, indem er sagt, dieser „Zustand" sei eben das dingliche Recht; es handelt sich hier um reine Thatsachen (also nicht Rechte), an welche ein Recht und andererseits eine Verpflichtung angeknüpft ist, auf der einen Seite der Zustand des Nachbarseins, der Mitgliedschaft der Gemeinde u. s. w., andererseits der Zustand des Innehabens des Grundstücks. Denselben Einwand erhebt (nach Bluntschli) Walter d. Pr.=R. §. 338; seine eigene Ansicht ist nun offenbar keine andere als die meinige, nur daß ihr der wissenschaftliche Ausdruck völlig abgeht (sie lautet: „dem Retractrecht liegt auf beiden Seiten etwas Dingliches (!) zum Grunde. Allein die daraus hervorgehende Retractsklage ist vorherrschend (?) obligatorischer Natur".

4) Die Ansicht Eichhorn's Einl. §. 100, das Retractrecht enthalte zugleich ein Vorkaufsrecht, ist wohl unhaltbar. Die Natur des Retracts ist nur die, daß ein Grundstück aus der Hand eines Dritten zurückgezogen werde; das Vorkaufsrecht kann ebenfalls zugleich begründet sein, dann ist es aber von dem Retracte als ein selbstständiges Recht zu unterscheiden. Wenn manche, namentlich ältere Gesetzgebungen den Retract mit einem Vorkaufsrechte ausdrücklich verbinden, besonders die Erblosung, so erklärt sich dieß aus der Unklarheit über die juristische Natur dieses Rechtsinstituts, welche in der Zeit seiner allmähligen Entwickelung aus den Grundlagen des älteren deutschen Rechts herrschte; diese Unbestimmtheit soll aber jetzt verlassen werden. Die juristischen Consequenzen eines solchen Vorkaufsrechts, welche sich ganz unabhängig von der Retractsklage geltend machen würden, liegen auf der Hand. Walch a. a. O. S. 89 flg.

sächlich die Verpflichtung eines Käufers, eine dritte Person in den von ihm abgeschlossenen Kauf eintreten zu lassen[5]).

Die Verpflichtung aus dem Retracte ist eine auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht, nicht auf einem conventionellen Binden des Willens beruhende. Es ist eine Obligation, welche durch das Gesetz oder Gewohnheitsrecht an einen Zustand angeknüpft wird. Vertrag und Testament können daher die Wirkung des Retracts nicht erzeugen, mag auch immerhin Eintragung in öffentliche Bücher oder Hypothekenbestellung hinzutreten[6]).

b) Ausübung des Näherrechts.

§. 176.

Das Retractrecht findet nur Statt bei einer durch Kauf vermittelten Uebertragung des Eigenthums oder des lehn- und colonatrechtlichen erblichen Nutzungsrechts[1]) an Grundstücken[2]). Der Retract, als Mittel zur Geltendmachung

---

5) Es ist ausdrücklich hervorzuheben, daß dieß nur der thatsächliche Erfolg ist; auch juristisch die Wirkung in das Recht Jemandes zu setzen, daß dieser in den Kauf eines Dritten eintreten dürfe (Eichhorn Einl. §. 100), widerstrebt allen Regeln der juristischen Construction.

6) Richtig Eichhorn §. 101. Walch S. 303 flg. Mühlenbruch Cession S. 325 flg. A. M. Renaud a. a. O. S. 260 flg. Manche neuere Gesetzgebungen lassen unter den im Text angegebenen Bedingungen den bloßen Vertrag als Entstehungsgrund zu. So d. Oesterr. Gesetzb. §. 1073, d. Preuß. Landr. I, 20 §. 570, Sächsische Constit. (v. 1572) I, 32.

1) Wenn Particularrechte auch Zehntbestellungen, Errichtung von Servituten, oder gar Pacht (s. Steinacker a. a. O. S. 531 flg.) als Veranlassung des Retracts aufstellen, so ist dieß lediglich als eine nicht einmal historisch gerechtfertigte Singularität zu betrachten.

2) Es ist sehr selten, daß Particularrechte singulärer Weise den Retract auf bewegliche Sachen ausdehnen; s. z. B. Steinacker a. a. O. S. 285.

individueller Interessen, wird jedoch nur dann gestattet, wenn die Veräußerung nicht selbst auf besonderen, die Individualität des Käufers oder der Gegenleistung treffenden Motiven des Veräußerers beruht[3]), wie bei dem s. g. Freundschaftskaufe*) oder einem Verkaufe mit einem durch Nebenverabredungen qualificirten Kaufpreise (z. B. Alimentation); dagegen kann der Retract sowohl bei öffentlichen Versteigerungen als bei dem s. g. Mengekauf ausgeübt werden[4]). Seiner inneren Natur nach ist das Näherrecht kein auf Andere übertragbares Recht[5]), auch setzt seine Geltendmachung die Absicht voraus, die vom Rechte anerkannten individuellen Interessen zu realisiren[6]).

Die Retractsklage ist begründet, wenn das Grundstück

---

3) Dieß ist das bis jetzt nicht genügend gewürdigte Motiv, weshalb das Näherrecht nicht bei Schenkungen, Vergleichen, Tauschen u. s. w., sondern nur beim Kauf ausgeübt werden kann, was Renaud a. a. O. S. 266 durchaus verkennt. Der Grund des Retractrechts liegt in dem Bestreben des Rechts, auch dem Individuellen Geltung zu verschaffen, wo dieß nicht auf Kosten der natürlich stets vorgehenden eigenen individuelleu Rücksichten des veräußernden Eigenthümers geschehen kann. Dieß ist aber nur der Fall beim Kauf, als dem gewöhnlichen farblosen Veräußerungsgeschäft, bei dem es den Parteien nur auf Erlangung eines von persönlichen Besonderheiten ganz unabhängigen Werthobjects zu thun ist.

*) Ein solcher ist aber nicht etwa schon der Verkauf an eine befreundete Person; Seuffert's Archiv v. Entsch. d. Oberger. 13. Bd. S. 137.

4) Particularrechte sprechen oft die entgegengesetzte Meinung aus. — Walch S. 206 flg. Ortloff Grundzüge S. 435 flg.

5) Walch S. 120.

6) Will daher der Retrahent nicht für sich, sondern für Andere das Gut abfordern, so kann dieß der Beklagte als eine wirksame Einrede entgegensetzen, worüber dem Kläger der Eid zugeschoben werden kann; einen andern als den gewöhnlichen Schiedseid kennt jedoch das Recht nicht, wie Walch S. 119 u. A. behaupten.

dem Käufer übertragen ist[7]). Die Klage ist eine actio in rem scripta und kann gegen den Käufer und jeden dritten Besitzer der Sache gerichtet werden; sie setzt voraus, daß sowohl im Momente der Uebertragung des Grundstücks, als der Klagerhebung die Retractsberechtigung des Klägers begründet war. Der Beklagte ist verpflichtet, die Sache nebst allen aus dem Kaufe gegen den ersten Veräußerer entstandenen Forderungen an den Retrahenten abzutreten, auch die stehenden Früchte gegen Zahlung der Culturkosten, die gezogenen oder vernachlässigten nur nach eingetretenem Verzuge herauszugeben[8]). Der Retrahent muß dagegen dem Beklagten den ersten[9]) Kaufpreis des Grundstücks, die durch den Kauf sonst verursachten Kosten[10]) und die nothwendigen Impensen ersetzen[11]), auch in alle außerdem gegen den Verkäufer übernommenen Verbindlichkeiten eintreten.

Die Ausübung des Näherrechts fällt weg, 1) wenn seit

7) Treten die Parteien vor der Uebertragung des Grundstücks vom Geschäfte zurück, so findet die Retractsklage nicht statt. Unrichtig Walter d. Pr.=R. 390, 3.

8) Walch S. 221 flg. Eichhorn Einl. 103.

9) Preuß. Landr. §. 635. 636. Das Recht gewährt die Retractsklage gegen Entschädigung des Beklagen, und setzt diese ein für allemal, also auch für den Fall, daß das Grundstück vom ersten Erwerber billiger oder theuerer weiter verkauft worden wäre, auf den Kaufpreis fest, der bei dem den Retract veranlassenden Falle gegeben wurde. A. A. Walter §. 390, 10.

10) z. B. Vertragskosten, Gerichtssporteln, Lehnwaare (s. Ortloff a .a. O. S. 436 flg.).

11) Renaud a. a. O. S. 278. — Walter a. a. O. §. 390, 4 will die Ersatzpflicht auch auf die impens. volupt. ausdehnen; der dafür angegebene Grund, daß es Schuld des Retrahenten sei, sich nicht früher gemeldet zu haben, reicht offenbar nicht aus. — Die inzwischen entstandenen Deteriorationen hat der Gutserwerber, von welchem retrahirt wird, nicht zu tragen, sofern sie nicht dolos bewirkt wurden. Aufgelegte Servituten und Hypotheken muß sich der Retrahent gefallen lassen, da sie gültig entstanden sind. A. A. Walter a. a. O. §. 391.

der Kenntniß des Nähergelters von der Uebertragung des Grundstücks die Frist von Jahr und Tag abgelaufen ist[12]. 2) Wenn der Retractberechtigte auf sein Recht verzichtete, was stillschweigend durch Einwilligung desselben in die Veräußerung geschieht[13]; die letztere wird auch angenommen, wenn der Retrahent eine durch das Gesetz oder den Richter zur Erklärung gestellte Frist schweigend ablaufen läßt[14]. 3) Wenn der Erwerber das Grundstück vor der Anmeldung des Retrahenten an den Verkäufer zurück[15], oder an einen andern gleichberechtigten Nähergelter veräußerte.

c) Einzelne Arten des Näherrechts.

§. 177.

Die älteste und ehemals gemeinrechtliche Art des Retracts ist die Erblosung, welche den Erben des Veräußerers eines Erbgutes[1] in der Art zusteht, daß der zur Zeit der Uebertragung nächste Intestaterbe, wenn er nicht

12) Diese alte peremtorische Frist, welche bei dem mittelalterlichen Rechte der nächsten Erben statt fand, wird in den Particularrechten oft auf eine kürzere Zeit als ein Jahr sechs Wochen drei Tage bestimmt.

13) Dieser Grundsatz, der schon bei dem mittelalterlichen Rechte der nächsten Erben bestand, muß noch heutzutage gelten. Die Einwendungen Renaud's a. a. O. S. 282 flg. beruhen auf der irrigen Auffassung des Retracts, als eines von besonderen Voraussetzungen unabhängigen allgemeinen Vermögensrechts; die Idee des Retracts, die rechtliche Anerkennung individueller Interessen, führt aber gewiß dazu, einen Verzicht auf denselben anzunehmen, wenn der Berechtigte die gebotene Veranlassung, jene Interessen geltend zu machen, ablehnte. Eine Ausnahme s. oben im §. 127, welche sich aus der besonderen und ganz selbstständigen Stellung des Lehnsretracts gegenüber dem Lehnsrevocationsrechte erklärt.

14) S. z. B. Hamburger Statuten II, 8, 3—4. Das Hadeler Recht bei Pufendorf observ. III, 200 (S. 544).

15) Renaud a. a. O. S. 268.

1) d. h. ein in Erbgang gekommenes Gut, wobei einmalige Vererbung genügt. Walch S. 354.

auf sein Recht verzichtet, den entfernteren[2]) ausschließt; eine Ausdehnung der Erblosung auf nicht ererbte Güter ist singulär[3]). Nachbildungen dieses Retracts particularrechtlichen Ursprungs sind 1) die Marklosung bei Veräußerungen eines Grundstücks an einen nicht zur Gemeinde Gehörigen[4]); ähnlich ist der reichsritterschaftliche Retract[5]), selten die Ausdehnung der Marklosung zu einem Territorialretracte. 2) Das Nachbarrecht bei der Veräußerung anliegender Grundstücke[6]). 3) Das Gespilderecht (Theillosung[7])) zur Wiedervereinigung des veräußerten Theils eines ehemals gemeinschaftlichen, später getrennten Grundstücks. 4) Das Ganerbenrecht bei der Veräußerung eines intellectuellen Theils eines im Miteigenthum stehenden Grundstücks[8]). 5) Der Retract des Gutsherrn bei der Veräußerung von Bauerngütern[9]), und des Lehnsherrn (auch der Agnaten) bei Veräußerungen von Lehngütern[10]).

---

2) Im Zweifel sind wohl alle Intestaterben berechtigt, soweit das Erbrecht auf wirklicher Blutsverwandtschaft beruht. Dieß ist wenigstens das Princip des ältern deutschen Rechts in Betreff der Rechte der Erben am Grundeigenthum.

3) Vgl. die bei Ortloff Grundz. S. 438 (Note 24, 4) citirten Gesetze. Die Beschränkung des Retracts auf die Erbgüter beruht auf der im vierzehnten und funfzehnten Jahrhundert fast in allen Statuten ausgesprochenen Begränzung der Rechte der nächsten Erben in dem angegebenen Sinne. S. Gerber Meditationes ad loc. Spec. Saxon. I, 52 (1847) p. 5. Die Sächs. Constitut. II, 31 gehören freilich nicht hierher, da sie ein bloßes Vorkaufsrecht aussprechen. S. aber Arnold Beitr. z. deutsch. R. II S. 313. 387. 447.

4) S. z. B. Würtemb. Landr. II, 16 §. 17. Ortloff a. a. O. S. 439.

5) Walch S. 420 flg.

6) Kind quaest. for. II c. 75. Pufendorf obs. I 133 §. 12. III, 41 und 200. IV, 21. Bülow und Hagemann pract. Erört. IV, 8.

7) Würtemb. Landr. II, 16. Kraut Grundr. §. 167 Nr. 7—11.

8) Walch S. 390 flg. Frankfurter Reform. II, 5.

9) Eichhorn Einl. §. 105, 5.

10) Vgl. oben §. 127.

Es ist möglich, daß mehrere Berechtigte zugleich ihr Näherrecht geltend machen; stützen sie sich dabei auf gleichen Grund, so entscheidet, wenn nicht das Recht bei dem Einen in stärkerem Maße vorhanden ist[11]), die Priorität der Zeit und endlich das Loos[12]); stützen sie ihr Näherrecht auf verschiedene Gründe, so tritt dieselbe Entscheidung ein, wenn das Particularrecht nicht eine bestimmte Rangordnung feststellt[13]).

4) Das Kaufgeschäft im Handelsverkehr.

a) Ueberhaupt.

§. 178.

Kauf und Verkauf ist die Form, in welcher sich der kaufmännische Verkehr hauptsächlich bewegt. Die Anwendung dieses Geschäfts zur Handelsspeculation erfordert an sich keine Abweichung von den darüber geltenden Grundsätzen des römischen Rechts, sondern nur eine Ausbildung der durch diesen Zweck getroffenen Seiten des Vertrags[1]). Das kaufmännische Leben hat in dieser Hinsicht vielerlei Geschäftsformen erzeugt,

---

11) z. B. geht der nähere Erbe dem entfernteren vor; der, welcher zur größern Seite des Grundstücks benachbart ist, dem, bei welchem dieß nur zum kleineren Theile der Fall ist. Zusammentreffen mehrerer Retractsgründe in einer Person kann keinen Vorzug geben, wie Manche behaupten, da jedes Retractrecht an sich schon vollkommen zum Zwecke ausreicht. Eichhorn a. a. O. §. 106 f.

12) Würtemb. Landr. II, 16 §. 20.

13) Solche Rangbestimmungen sind ganz willkürlicher Art. So z. B. Badisches Gesetzb. §. 1701 ag. Pr. Landr. I, 20 §. 587 flg.

1) S. darüber Thöl Handelsrecht I §. 63—69; dort sind, wie das eine monographische Bearbeitung fordert, alle Geschäftsformen nach juristischen Gesichtspuncten geprüft. S. auch Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel. 1838. Die meisten derselben schließen sich aber an das römische Recht an, und können nicht vereinzelt, sondern nur in Verbindung mit der ganzen Lehre vom Kauf dargestellt werden.

von denen einige hier zu erwähnen sind. Hierher gehört 1) der s. g. Lieferungskauf (im Gegensatz des Tagskaufs), bei welchem die Lieferung der Waare später, als zur Zeit der Perfection des Vertrags, zu einem schon in diesem festgesetzten Preise geschehen soll [2]). 2) Der Kauf nach Probe [3]), bei welchem der Verkäufer sich verbindlich macht, Waaren zu liefern, welche einer dem Käufer vorgelegten Probe gleich kommen sollen. Das Geschäft ist ein unbedingtes und berechtigt im Falle einer nachtheiligen Differenz zwischen Waare und Probe zum Anspruch auf Schadensersatz, selbst dann, wenn der Käufer die nicht vertragsmäßige Leistung anzunehmen verweigert [4]). Die Probe, deren Eigenthum nach der Intention der Parteien bald dem Verkäufer verbleibt, bald dem Käufer bestimmt wird [5]), hat der Letztere sorgfältig aufzubewahren, indem er im Falle ihrer Verwahrlosung den Beweis einer behaupteten Differenz zwischen ihr und der Waare zu führen hat [6]); ihre Identität beweist er durch einfache eidliche Versicherung [7]). 3) Der Kauf auf Besicht oder auf Probe [8]),

2) Das kaufmännische Motiv des Geschäfts liegt in der Bedeutung, welche die Contrahenten den Wirkungen der bis zur bestimmten Lieferung laufenden Zeit beilegen, ohne daß dieß Motiv nothwendig immer zur Annahme eines Differenzgeschäftes führt. Thöl a. a. O. §. 70. Handels=G.=B. Art. 338.

3) Cropp in Heise und Cropp jurist. Abhandl. I S. 208 flg. H.=G.=B. Art. 340.

4) Thöl a. a. O. §. 83 Note 6 u. 7.

5) Diese Intention kann aus der Lage der begleitenden Umstände leicht erkannt werden.

6) Thöl §. 72, 5.

7) Cropp a. a. O. 218—220.

8) Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I. S. 187 flg. Thöl §. 71. Goldschmidt in s. Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 1 S. 66, 262, 386, 554 flg. Fitting ebendas. Bd. 2 S. 203 flg. Unger Bd. 3 S. 386 und Fitting Bd. 5 S. 79 flg. H.=G.=B. Art. 339.

bei welchem dem Käufer in willkürlicher Entscheidung die Befugniß zum Rücktritt zusteht. Er ist daher bald ein unter einer Suspensiv-, bald ein unter einer Resolutivbedingung geschlossener Kauf; im Zweifel ist eine Suspensivbedingung anzunehmen. Die Bedingtheit des Geschäfts wird durch die definitive Erklärung des Käufers [9]) gehoben, welche der Verkäufer zu fordern berechtigt ist.

Außerdem enthält das deutsche Handelsgesetzbuch eine Reihe von Bestimmungen über verschiedene wichtige Puncte des Handelskaufs, insbesondere über den Erfüllungsort (Art. 342), über die Rechte und Pflichten des Verkäufers bei Säumniß des Käufers, die Waare zu empfangen (343), über die Tragung der Gefahr bei Versendung der Waare (345), über die Untersuchungspflicht des Käufers bei von auswärts übersandten Waaren, als Bedingung der Geltendmachung der Ansprüche wegen ihrer mangelhaften Beschaffenheit (347. 348) [10]), über die Verjährung des Regresses (349), endlich über das Rücktrittsrecht einer Partei für den Fall der Nichterfüllung der andern (354 flg.).

---

9) Wird eine solche innerhalb der vertragsmäßig bestimmten oder aus der Natur der Verhältnisse als angemessen sich ergebenden Frist verweigert, so ist anzunehmen, daß der Vertrag nicht zu Stande gekommen, oder unwiderruflich geworden ist, jenachdem die Bedingung eine suspensive oder resolutive war. Goldschmidt a. a. O. S. 283. Das H.-G.-B. Art. 339 hat ein verschiedenes Präjudiz für das Schweigen des Käufers, jenachdem die Waare schon übergeben war oder nicht.

10) Das deutsche H.-G.-B. hat in der angeführten Bestimmung übrigens die oft gehörte, aber niemals bewiesene Behauptung, daß die gemeinrechtliche Bedingung des Regresses beim Waarenkauf allgemein die sofortige Untersuchung sei, nicht bestätigt, indem es die alsbaldige Untersuchung nur da verlangt, wo sie nach Lage der Umstände ordnungsmäßig erwartet werden konnte. Uebrigens bezieht sich die ganze Bestimmung nicht auf den Platzkauf, um für diesen den noch strengeren Bestimmungen der hanseatischen Statuten nicht zu präjudiciren.

b) Beim Handel mit Staatspapieren.

§. 179.

Staatspapiere[1]), deren Cours oder Tauschwerth nach dem Einflusse äußerer Umstände steigt oder fällt, sind Gegenstand der kaufmännischen Speculation; namentlich wird speculirt, indem nach einem bestimmten Course gekauft wird, in der Hoffnung, daß nach einem höheren Course verkauft, realisirt werden könne*). Der Gegenstand der Speculation ist daher die Differenz zwischen dem Einkaufs- und Verkaufspreise, welche nicht immer der Differenz des Courses gleich kommt[2]). Die Geschäfte, durch welche die Speculation vermittelt wird, sind der Tagskauf und ganz vorzüglich der Kauf auf Lieferung[3]). Wurde dem Geschäfte eine Erlöschungsclausel („am 1. April ist das Engagement erloschen") oder ein genau bestimmter Tag der Erfüllung beigefügt, so kann der Käufer, wenn die Lieferung zur bestimmten Zeit nicht erfolgte, statt auf Erfüllung einfach auf die Preisdifferenz (nebst dem Ersatz des erweislich höheren Schadens) klagen[4]). Es kann nun

---

1) Ueber ihre Eigenschaften als Papiere au porteur s. oben §. 161. Die beste Schrift über diesen Gegenstand ist: Thöl über den Verkehr mit Staatspapieren aus dem Gesichtspuncte der kaufmännischen Speculation mit Berücksichtigung seiner juristischen Natur. 1835. S. auch dessen Handelsrecht Bd. 1 §. 86—99. §. 101 und 102, und Bender der Verkehr mit Staatspapieren im In- und Auslande. 2. Ausg. 1830. Ladenburg in Goldschm. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 416 flg. Die in diesem §. aufgeführten Speculationen und Geschäfte können zwar auch bei sonstigen Waaren bald mehr bald weniger angewandt werden, aber sie haben ihren häufigsten und bei der Natur des Gegenstands natürlichsten Gebrauch bei Staatspapieren.

*) Oder es wird verkauft, in der Hoffnung, es könne nun billiger gekauft werden.

2) Thöl der Verkehr S. 12. 13.

3) Thöl a. a. O. §. 3—10.

4) Vgl. über diese ganze Frage Thöl Handelsr. §. 86 u. 87. Nun-

aber verabredet werden[5]), daß überhaupt gar nicht materiell erfüllt, sondern nur die Differenz des Preises gezahlt werden solle, welchen eine Quantität Papiere zur Zeit des Abschlusses und zu einem späteren Termine hat; dieß Geschäft (Differenzgeschäft) ist kein Kauf auf Lieferung, sondern eine nicht verbotene Art der bedingten Verträge (Sponsionen)[6]).

Ein Speculant verbessert seine Lage, wenn er sich beim Lieferungskaufe ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung, das Recht des Rücktritts, vorbehält *). Dadurch entsteht eine Ungleichheit in der Stellung der Contrahenten; diese wird ausgeglichen durch eine Prämie an denjenigen, welcher das Wahlrecht nicht hat, also am Ungünstigsten gestellt ist. Sie ist im Zweifel eine Assecuranzprämie, welche für das Recht des Rücktritts, nicht für den gewählten Rück-

---

mehr hat diese Frage in dem ganz neuen System, welches das Handelsgesetzbuch über das Recht gegenüber dem säumigen Theile aufstellt, Art. 354—357 ihre Lösung gefunden.

5) Unrichtig ist es, anzunehmen, daß der Lieferungskauf regelmäßig ein simulirtes Differenzgeschäft sei; es giebt auch Interessen an der wirklichen Lieferung; Thöl Verkehr S. 230 flg.

6) Nicht alle gewagten Geschäfte waren im römischen Rechte verboten, sondern nur das Spiel; ein solches ist es nicht, da keine Thätigkeit der Parteien statt findet; es ist auch keine Wette, sondern eine Art der sponsio (deren eine Art die Wette ist) mit einem durch moderne Verhältnisse erzeugten Inhalte. So richtig Thöl Verkehr S. 257 flg. A. M. Bender a. a. O. S. 424, Souchay Zeitschr. f. Civilrecht und Proc. Bd. 3 S. 328 flg. Walter d. Pr.=R. §. 375. Ladenburg a. a. O. S. 452 flg.

*) Eine eigenthümliche Art, sich zu helfen, gewährt Dem, welcher an einem bestimmten Tage vertragsmäßig die Papiere nehmen muß, das s. g. Prolongationsgeschäft. Man versteht darunter die Herbeiziehung eines Dritten, der den eigentlichen Käufer dadurch aus der Verlegenheit zieht, daß er die Papiere gegen Geld kauft, sie aber auf Zeit sofort an jenen wieder verkauft. Ladenburg a. a. O. S. 418 flg. Zeitschr. f. das ges. Handelsr. Bd. 6 S. 165 flg.

tritt gegeben wird[7]). Das Prämiengeschäft kann ein einfaches und ein zusammengesetztes sein (z. B. Zweiprämiengeschäft, zweischneidiges Prämien- und Stellgeschäft[8])), ohne daß sich die rechtliche Beurtheilung verändert. Modificationen des Prämiengeschäfts sind 1) der Schluß auf fest und offen, ein Lieferungskauf, bei welchem der Käufer einen Theil der Papiere fest kauft, in Betreff eines andern Theils sich gegen eine Prämie (welche in der Gestalt einer Preiserhöhung der fest gekauften Papiere erscheint) das Recht des Rücktritts vorbehält[9]), ein Geschäft, das den Namen Nochgeschäft führt, wenn man es als einen Lieferungskauf auffaßt, bei welchem der Käufer das Recht hat, außer den bestimmten Papieren noch eine Anzahl mehr zu kaufen[*]); 2) das Wandelgeschäft, ein Lieferungskauf, bei welchem der Käufer gegen Prämie das Recht hat, die Lieferung früher als an dem bestimmten Tage zu fordern[10]).

---

7) Thöl Verkehr S. 182 flg.

8) Beim Zweiprämiengeschäft kauft A auf Lieferung von B, und verkauft auf Lieferung an C mit Vorbehalt des Rücktritts bei beiden Geschäften gegen Prämie, oder bewilligt umgekehrt dem B und C gegen Prämie den Rücktritt (Thöl Verkehr S. 132 flg.); beim zweischneidigen Prämiengeschäft verpflichtet sich Jemand gegen Prämie, einem Dritten nach dessen Wahl entweder Papiere zu liefern oder von ihm zu beziehen, oder vom Vertrage zurückzutreten (Thöl S. 142 flg.); die dritte Wahlbefugniß fehlt beim Stellgeschäft (Thöl S. 148).

9) Dieß ist entweder ein Kauf mit Resolutiv- oder Suspensivbedingung (Thöl Handelsrecht §. 97, 98).

*) Zwischen dem Nochgeschäft und dem Schluß auf fest und offen besteht freilich immer der Unterschied, daß man dort, um den Erfolg hervorzubringen, reden muß, während bei dem letzteren je nach der Art der Bedingung schon ein Schweigen genügt.

10) Dieß kann sich auch der Verkäufer vorbehalten, was aber nach der Natur der Verhältnisse selten der Fall ist. Thöl Handelsr. §. 99 Note 2.

Bei Staatspapieren, welche die Gestalt und Wirkung von Lotterieloosen haben, dient häufig zur Speculation das Heuergeschäft, bei dem Jemand einem Andern gegen Prämie den Gewinn verspricht, welcher auf ein in seinem oder eines Dritten Eigenthum befindliches Loos fallen werde[11]).

II. Pacht und Miethe.

1) Ueberhaupt.

§. 180.

Die deutschen Particularrechte haben den im Allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilenden Pacht- und Miethvertrag[1]) den einheimischen Verhältnissen durch Bestimmungen anzupassen gesucht, welche das Wesen dieses Geschäfts meistentheils unberührt lassen[2]). Dieß ist nicht der Fall bei dem noch jetzt bisweilen[3]) geltenden

---

11) Es ist entweder der Verkauf einer unbestimmten und ungewissen Forderung, oder eine nicht verbotene Art bedingter Verträge. Thöl a. a. O. §. 103.

1) Der neuere Sprachgebrauch unterscheidet Pacht und Miethe so, daß bei dieser nur der Gebrauch, bei jener auch die Benutzung einer Sache überlassen wird. Bornemann Preuß. Civilr. IV S. 296 und Pr. Landr. I, 21 §. 259. Anders das Oesterr. Gesetzb. §. 1091. — S. auch Reyscher Würtemb. R. Bd. 2 §. 443.

2) Solche sind 1) Bestimmungen über die schon dem römischen Rechte bekannte stillschweigende Relocation, welche oft schon eintreten soll, wenn an einem bestimmten Termine vor dem Ablauf der Pacht- oder Miethzeit nicht gekündigt wurde, so daß dann das Verhältniß auf so lange fortgesetzt wird, als das Zeitmaß des früheren Vertrags oder die Vollendung der landwirthschaftlichen Benutzung fordert. 2) Bestimmungen über Vertheilung der Einquartierungslast. 2) Besondere Grundsätze über Nachlaß des Pachtzinses.

3) Preuß. Landr. a. a. O. §. 350 (Bornemann a. a. O. S. 209), Lüneb. Stadtrecht 2, 15, Hamburger Statut II, 9, 13, Nürnberger Reform. XVII, 7.

Grundsatze, daß der Verkauf des vermietheten Gegenstandes die Miethe nicht aufheben solle (Kauf bricht nicht Miethe), wodurch dieses rein persönliche Verhältniß nach einer Richtung hin die Kraft eines dinglichen erhält[4]).

Unter den Grundsätzen des Pachts steht auch größtentheils das vielgestaltige Geschäft der Viehverstellung[5]), wobei Jemand ein Hausthier einem Andern zur Fütterung, Wartung und zum Genuß seines Nutzens gegen einen vertragsmäßigen Vortheil auf längere Zeit überläßt. Nicht immer ist freilich die Uebereinkunft der Parteien auf einen wirklichen Pacht, oft auch auf ein Societätsverhältniß gerichtet, namentlich dann, wenn beide Theile zur Anschaffung des Thieres beitrugen und dem Einsteller quote Theile des Gewinns abgegeben werden. In Verbindung mit Gutsverpachtungen kommt dieß Geschäft als s. g. Eisernviehvertrag[6]) in der Gestalt vor, daß der Pächter das auf dem Gute befindliche, taxirte[7]) Vieh übernimmt, und am Ende des Pachts eine gleich große Anzahl Vieh von gleicher Güte zurückläßt. Er übernimmt

---

4) Diese Ansicht, die man früher sogar dem römischen Rechte aufbürden wollte (Glück Pandecten Bd. 18 S. 115 f.), ist noch neuerdings ganz klar ausgesprochen worden von Bornemann a. a. O. (vgl. oben §. 73, 1). Andere wollen hier durch Eintragung in öffentliche Bücher (Oesterr. Gesetzb. 1095), oder durch Bestellung einer Hypothek helfen. In den ältern Particularrechten ist diese Bestimmung eine Folge jener alten Vermischung dinglichen und persönlichen Rechts im Mittelalter (s. d. angef. §. 73 oben, und Verm. Sachsensp. II, 4, 5), in den neueren Particularrechten eine Folge der s. g. naturrechtlichen Billigkeit.

5) S. vorzüglich Huck in d. Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 5 S. 266 flg. Die meisten Variationen des Vertrags betreffen die Frage über das Tragen der Gefahr und die Art des als Pachtzins zu gebenden Gegenstands. Der häufige Gebrauch des Geschäfts zum Wucher hat besondere Beschränkungen desselben in den Particularrechten veranlaßt.

6) Eigentlicher contractus socidae.

7) Bisweilen kommt auch eine Taxirung mit Verkauf vor.

hier die Gefahr des Viehs[8]), obschon dessen Eigenthum dem Verpächter verbleibt.

2) Von der Dienstmiethe insbesondere*).

a) Gesindemiethe[1]).

§. 181.

Der Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet, einem Andern (Dienstherrn) gegen Lohn und in der Regel auch gegen Kost und Wohnung niedere häusliche Dienste zu verrichten, ist zunächst nach den Grundsätzen der Dienstmiethe zu beurtheilen. Der Umstand aber, daß das Gesinde nach seiner natürlichen Stellung in eine unmittelbare und dauernde persönliche Verbindung mit der Hausherrschaft tritt, fügt zu jenem Princip noch ein anderes Motiv der rechtlichen Beurtheilung. Ohne ein wirkliches Recht an der Person zu gewähren[2]), unterstellt doch die Gesindemiethe das Dienstper=

---

8) Eine Art Assecuranz.

*) Unter den vielen andern im neueren Rechte vorkommenden Anwendungen der Dienstmiethe hat die Miethe des Schiffsvolks manche Besonderheiten, theils wegen der Disciplinargewalt des Schiffers, theils wegen des Verlusts des Anspruchs auf Heuer, wenn Schiff und Fracht untergehen (Heise und Cropp Abhandl. I S. 473), theils endlich wegen der Bestimmungen mancher Particularrechte über das Schicksal des Schiffslohns bei ganz oder theilweise unterbliebener Reise. Aus neuen und zum Theil andern Gesichtspuncten ist jetzt das Verhältniß mit Eingehen in eine reiche Casuistik festgestellt worden im H. = G. = B. Art. 528—556.

1) Dorn ausführliche Abhandlung des Gesinderechts 1794. Haubold Sächs. Pr. = R. §. 95 flg. Sachse Sächs. Pr. = R. §. 172 flg. Gengler d. Privatrecht S. 442 flg. Particularrechtliche Gesindeordnungen s. bei Ortloff Grundz. S. 560.

2) Die Stellung, welche dem Gesindemiethvertrage oft angewiesen wird, nämlich im Familienrechte, ist nach der im Text angegebenen Scheidung unrichtig, und beruht auf einer offenbaren Verwechslung des Sittlich=Thatsächlichen mit dem Juristischen. So jetzt wiederum Bluntschli d. Pr. = R. Bd. 2 S. 360. Ganz falsch und unjuristisch ist es aber, wenn Walter d. Pr. = R. §. 110 jetzt das Verhältniß der Dienstherr=

sonal sowohl der Hausordnung im Allgemeinen, als auch den besonderen Befehlen, Anordnungen, Ermahnungen, und nach älteren Gesetzen auch dem Züchtigungsrecht [3]) der Herrschaft. Dieser besonderen Stellung des Gesindes gemäß lassen viele Gesetze Injurien der Herrschaft gegen dasselbe theils gar nicht, theils nur durch die Polizei bestrafen [4]), und manche Particularrechte verpflichten den Dienstherrn, das Gesinde in Krankheiten, welche durch den Dienst selbst veranlaßt wurden, zu verpflegen [5]). Von beiden Seiten kann das Verhältniß durch Kündigung zu einer nach localem Herkommen verschieden bestimmten Zeit vor dem Ablauf der bedungenen Miethzeit aufgehoben werden; während der Dienstzeit kann dieß einseitig [6]) nur geschehen wegen Unsittlichkeit, Veruntreuung, grober Beleidigung, Ungehorsams und längerer Krankheit des Gesindes, oder wegen Nichtzahlung des Lohns [7]) und Mißhandlungen von Seiten der Herrschaft.

b) Gesellenvertrag.

§. 182.

Nach den Grundsätzen der Dienstmiethe ist der Vertrag zu beurtheilen, welchen ein Handwerksmeister mit einem Ge-

---

schaft zum Gesinde als ein Gewaltverhältniß charakterisirt. Davon kann jetzt, wo die Dienste des unfreien Gesindes schon längst dem Princip der freien Concurrenz gewichen sind, gar keine Rede mehr sein.

3) S. aber schon Kl. Kaiserrecht 2, 28. — Lüb. R. III, 8, 10. Struben rechtl. Bedenken III, 39. Hagemann pract. Erört. VII, 37.

4) Vgl. die vorige Note und Eichhorn Einl. §. 328.

5) Hamburg. Statut. II, 9, 8. Pr. Landr. II, 5 §. 86 flg.

6) Struben a. a. O. V, 99.

7) Ueber den Vorzug des Gesindelohns s. schon Sachsensp. I, 22 §. 2. Pufendorf observ. I, 104 und 105.

sellen dahin abschließt, daß dieser gegen Lohn, regelmäßig auch Kost und Wohnung Arbeit in einem bestimmten Handwerk zu leisten verspricht [1]). In der Regel gilt jedoch der Vertrag erst für perfect, wenn der Meister die Tauglichkeit des Gesellen nach einer vorgängigen Probezeit erkannt hat. Der Gesell ist der Hausordnung und den Anordnungen des Meisters unterworfen, sofern sie mit dem Vertrage und der Art der versprochenen Arbeit in Einklang stehen. Die Gewerbe- und Handwerksordnungen gestatten unter Umständen die einseitige Aufhebung des Verhältnisses, nämlich dem Meister, wenn sich der Gesell Beleidigungen, Störung der Hausordnung, Trägheit, unordentlichen Lebenswandel und Veruntreuungen zu Schulden kommen läßt [2]), oder wenn der Meister ohne seine Schuld arbeitslos wird; dem Gesellen, wenn sich der Meister grobe Beleidigungen oder sonst strafbare Handlungen gegen ihn erlaubt [3]).

Die Annahme von Lehrlingen ist zunächst ebenfalls nach den Grundsätzen der Dienstmiethe zu beurtheilen. Der Zweck der Arbeit des Lehrlings ist aber für diesen ein anderer als für den Gesellen; er will das Handwerk erlernen. Dadurch ändert sich das Verhältniß insofern, als der Meister hier die Verpflichtung des Lehrens gegen ein Lehrgeld übernimmt.

---

1) Ueber das sonstige Verhältniß des Gesellen zum Meister entscheiden die örtlichen Gewerbe- und Handwerksordnungen. Reyscher Würtemb. Pr.-R. §. 455. Preuß. Landr. II, 8 §. 378, 388. Ortloff das Recht der Handwerker §. 62. Kulenkamp das Recht der Handwerker und Zünfte (1807) §. 88—90. — Ein ganz ähnliches Rechtsverhältniß besteht zwischen dem Handlungsgehülfen und dem Principal, wie es das D. H.-G.-B. Art. 60—64 behandelt.

2) Auch wohl ansteckende Krankheiten des Gesellen.

3) Wenn der Meister seine Vertragsverpflichtungen, z. B. wegen Beköstigung oder Lohn, nicht einhält, so dürfte doch wohl kaum, wie Reyscher a. a. O. will, ein Fall einseitiger Aufkündigung stattfinden.

Dieses bleibt verfallen, wenn der Vertrag von Seiten des Lehrlings vor beendigter Lehrzeit ohne hinreichende Gründe aufgelöst wird; als solche gelten regelmäßig: Verwendung des Lehrlings zu anderen als den vertragsmäßigen Geschäften, Mißhandlung des Lehrlings durch den Meister, Unfähigkeit des Letzteren das Handwerk zu lehren wegen Untauglichkeit, Arbeitslosigkeit und langer Krankheit. Ebenso verfällt das Lehrgeld, wenn der Meister den Vertrag vor beendigter Lehrzeit aufhebt wegen körperlicher oder geistiger Unfähigkeit, Trägheit und schlechter Aufführung des Lehrlings [4]).

3) Transportverdingung.

a) Zu Lande *).

§. 183.

Verdingt Jemand den Transport von Gütern an einen Frachtführer, so entscheiden über die beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zunächst die Bestimmungen des Frachtbriefs [1]). Die Grundsätze der locatio und conductio operis, welchen das Verhältniß im Allgemeinen unterworfen ist, enthalten in dieser Anwendung für den Frachtführer nicht nur die Verpflichtung zum richtigen, zeitigen und überhaupt ordnungs=

---

4) Reyscher a. a. O. §. 454. Kulenkamp a. a. O. §. 76—78. Ortloff a. a. O. §. 45—49. Pr. Landr. a. a. O. §. 303 flg. Hatte der Lehrling gegründete Ursache, den Vertrag aufzuheben, so muß ein Theil des Lehrgelds an den anderen Meister gezahlt werden, bei welchem jener die Lehre fortsetzt. Entläuft der Lehrling, so wird dem Meister nach manchen Particularrechten außer dem Lehrgeld noch eine Entschädigung für das nachweisbare Interesse zugebilligt, z. B. im Pr. Landr. a. a. O.

*) Dem Transport zu Lande wird vom D. H.=G.=B. Art. 390 der Transport auf Flüssen und Binnengewässern rechtlich gleichgestellt.

1) H.=G.=B. Art. 391. 392.

mäßigen Transport, sondern auch die Verbindlichkeit, für die Erhaltung der Frachtgüter vom Augenblick ihres Empfangs Sorge zu tragen und die deshalb nöthigen Vorrichtungen selbst oder durch Andere vornehmen zu lassen, — dieß Alles mit Aufwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers. Versäumt er die bedungene oder übliche Lieferungs**zeit**, so haftet er für allen hieraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß die Versäumniß trotz der Anwendung aller schuldigen Sorgfalt nicht habe abgewandt werden können [2]. Entsteht aber ein Schaden durch **Verlust** oder **Beschädigung** des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung, so haftet der Frachtführer hierfür unbedingt, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt, oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist [3]; jedoch ersetzt er in diesem Falle, außer wenn eine böse Absicht oder ein grobes Verschulden vorliegt [4], nur den gemeinen Handelswerth (oder Werth) des

2) H.=G.=B. Art. 397. Ueber besondere Strafverabredungen: Art. 398. 399. — Die Haftung für Schaden aus Zeitversäumniß ist also ganz nach dem Princip der locatio conductio bestimmt.

3) Bezüglich der Haftung für **Verlust** und **Beschädigung** sollen mithin strengere Grundsätze nach Gesichtspuncten des receptum gelten. Der Fuhrmann ist daher nicht schon frei, wenn er die Diligenz eines ordentlichen Fuhrmanns beweist, so daß sich der Beschädigte etwa bei dem non liquet des beschädigenden Ereignisses beruhigen müßte, vielmehr soll der Fuhrmann die thatsächliche Ursache des Schadens bestimmt angeben, und sodann beweisen, daß sie vis major oder ein anderes der im Text befreienden Momente enthalte. Kann er dieß nicht, so haftet er, gleichviel, was er sonst zu seinen Gunsten zu beweisen vermöchte. H.=G.=B. Art. 395. — Ueber die gemeinrechtliche Lehre vom Receptum in der Anwendung auf Frachtverträge s. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. 3 Nr. 3 u. 6.

4) Der im Art. 396 Abs. 5 gebrauchte Ausdruck „bösliche Hand=

Guts am Orte und zur Zeit der Ablieferung [5]), nicht aber auch das individuelle Interesse des Absenders oder Empfängers [6]). In diesem Umfange haftet er auch für seine Leute und für andere Personen, deren er sich zur Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient [7]), insbesondere auch für die weiteren Frachtführer, denen er das übernommene Frachtgut zu diesem Behufe übergiebt. Aber umgekehrt haftet auch der spätere Frachtführer, der das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbriefe übernimmt, selbstständig für die ganze durch den Inhalt des Frachtbriefs begründete Verpflichtung, namentlich auch für die Verbindlichkeiten der Vormänner [8]). Der Anspruch gegen den Frachtführer erlischt, wenn der Empfänger das Gut angenommen und die Fracht bezahlt hat, außer wegen Verlustes und Beschädigungen, welche bei der Ablieferung

---

lungsweise" (vgl. Art. 427) will nicht bloß dolus, sondern auch culpa lata treffen.

5) Dasselbe Princip hat Art. 612. — Uebrigens werden noch die durch den Verlust oder die Beschädigung ersparten Zölle und Unkosten abgezogen.

6) Für Kostbarkeiten, Geld und Werthpapiere haftet der Fuhrmann, wenn sie nicht declarirt wurden, gar nicht. Art. 395, 2 (s. Art. 608). Damit ist ein gerechter, aber gemeinrechtlich schwer zu begründender Satz gesetzlich festgestellt.

7) H.-G.-B. Art. 400.

8) H.-G.-B. Art. 401. Das Verhältniß mehrerer successiv auf einander folgender Fuhrleute unter einander kann sehr mannichfaltig gestaltet sein. Es ist möglich, daß jeder nur für seine Wegstrecke die Transportverpflichtung und Haftung übernimmt. Hier ist aber an den Fall gedacht, daß ein Frachtführer gemäß dem Frachtbriefe den ganzen Transport übernommen hat, und nun ein späterer mittelst Uebernahme dieses Frachtbriefs in den Vertrag vollständig eintritt; es sollen dadurch solidarische Verbindlichkeiten begründet werden.

nicht erkennbar waren [9]). Ueberhaupt aber verjährt die Klage gegen den Frachtführer nach einem Jahre [9a]).

Als Beauftragter des Absenders ist der Frachtführer den Anweisungen des Letzteren so lange unterworfen, als er sich nicht der Verfügung des Empfängers nach Ankunft des Guts am Ablieferungsorte durch Uebergabe des Frachtbriefs unterstellt hat [10]). Aber auch ehe dieß geschehen ist, kann der Empfänger, sofern keine entgegenstehenden Anweisungen des Absenders vorhanden sind, seine durch den Frachtbrief begründeten Rechte, insbesondere das Recht auf Uebergabe des Frachtbriefs und Guts, gegenüber dem Frachtführer nach dessen Ankunft am Ablieferungsorte mit einer eigenen Klage nach Maßgabe des Frachtbriefs geltend machen [11]).

Der Frachtlohn und die Erstattung aller durch den Frachtvertrag veranlaßten Auslagen und Aufwendungen hat der Frachtführer in der Regel vom Empfänger zu erheben, an welchen er deshalb ausdrücklich oder stillschweigend durch den Frachtbrief angewiesen ist [12]). Durch Annahme der Güter

---

9) Art. 408. Daselbst ist auch die Verpflichtung des Empfängers, die später entdeckten Verluste und Beschädigungen sofort feststellen zu lassen, ausgesprochen. Uebrigens können beide Theile den Zustand des Guts durch Sachverständige feststellen lassen; Art. 407.

9a) Art. 408 vgl. mit 386.

10) Art. 402. Die Uebergabe des Frachtbriefs ist also nicht bloß ein Theil der thatsächlichen Ausführung des Frachtvertrags, sondern ein Rechtsgeschäft zwischen dem Empfänger und Frachtführer, gewissermaßen ein Accept der Anweisung, welche dem Adressaten an den Fuhrmann (stillschweigend oder durch den Avis) gegeben ist.

11) Art. 405. Hierdurch soll dem Empfänger eine wünschenswerthe, aber gemeinrechtlich nicht leicht mit Sicherheit zu construirende actio utilis aus dem vom Absender geschlossenen Vertrage gewährt werden. Ueber das Recht zu andern vorsorglichen Maßregeln s. Art. 404.

12) Ob der Empfänger die Kosten des Transports selbst zu tragen hat, oder ob er sie nur für den Absender auslegt, ist nicht für sein Ver=

und des Frachtbriefs aber entsteht für den Empfänger eine Verpflichtung, dem Frachtführer gemäß dem Frachtbriefe Zahlung zu leisten.[13]). Zur Sicherung seiner Forderungen gewährt das D. H.-G.-B.[14]) dem Frachtführer ein Pfandrecht am Frachtgute, welches auch nach dessen Auslieferung fortdauert, sofern es binnen drei Tagen gerichtlich geltend gemacht wird und sich das Frachtgut noch bei dem Empfänger oder dessen Repräsentanten befindet. Folgen mehrere Frachtführer auf einander, so hat der letzte auch die Forderungen der Vormänner mit Geltendmachung ihrer Pfandrechte einzuziehen; hat er selbst die Vormänner befriedigt, so erwirbt er von Rechtswegen ihre Forderungen mit dem Pfandrechte, aber er darf, um sich den Rückgriff gegen sie zu wahren, das Gut nicht ohne Bezahlung abliefern oder muß wenigstens das Pfandrecht binnen drei Tagen nach der Ablieferung geltend machen.

Der Absender und der Frachtführer können auch übereinkommen[15]), daß der Letztere einen s. g. Ladeschein ausstelle, d. h. eine im Wesentlichen nach den Grundsätzen über das Connossement (§. 184) zu beurtheilende Urkunde, in wel-

---

hältniß zum Fuhrmann, sondern nur für sein Verhältniß zum Absender von Bedeutung.

13) Die Annahme des Guts und des Frachtbriefs ist also ein Rechtsgeschäft, wodurch der Empfänger gewissermaßen die auf ihn gezogene Anweisung des Fuhrmanns billigt und annimmt. H.-G.-B. Art. 406.

14) H.-G.-B. Art. 409—412. Der Frachtführer hat auch ein Recht, den Verkauf des Guts, oder eines Theils desselben zu seiner Befriedigung zu veranlassen. Art. 407. 409.

15) Art. 413—419. Ein bedeutender Unterschied des Ladescheins vom Connossemente liegt unter Anderem darin, daß für jenen der Art. 649 nicht angenommen, ferner, daß der Frachtführer nicht verpflichtet ist, einen Ladeschein auszustellen.

cher sich der Frachtführer dem Destinatär gegenüber selbstständig und direct zur Aushändigung des Guts verpflichtet. —

Die vorstehenden Sätze entscheiden auch über die Frachtverträge öffentlicher Transportanstalten [16]). Für Eisenbahnen aber gilt noch das Besondere, daß sie die über die Haftung des Frachtführers geltenden Rechtssätze durch Reglements oder besondere Verabredung nicht zu ihrem Vortheil ausschließen oder beschränken dürfen [17]), insoweit dieß nicht das Handelsgesetzbuch in einer Reihe von Fällen ausdrücklich gestattet (Art. 424 bis 430).

b) Zu Wasser.

§. 184.

Eine Frachtverbingung zur See [1]) kann 1) so geschehen,

---

16) Art. 421. Für Postanstalten gelten sie jedoch nur insoweit, als nicht durch besondere Gesetze oder Verordnungen für dieselben etwas Anderes bestimmt ist. Vgl. darüber Linde über die Haftverbindlichkeit nach den Grundsätzen des deutsch-österr. Postvereins u. s. w. 1859.

17) Art. 423. Eine weitere Beschränkung enthält auch Art. 422. — Ein hiernach zulässiges Reglement hat den Charakter einer allgemein veröffentlichten lex contractus, und jeder Einzelne, der es kennt oder bei einiger Sorgfalt kennen mußte, gilt, als habe er sich demselben unterworfen. Uebrigens ist noch Folgendes zu bemerken. Auf ihrer eigenen Bahn ist die Bahnverwaltung gewöhnlicher Frachtführer; geht das Gut über ihre Bahn hinaus, so ist sie bezüglich der Weiterbeförderung zugleich Spediteur; bewegt sich endlich das Gut innerhalb des Gebiets eines s. g. Eisenbahnverbands, so ist letzterer als Societät der Contrahent. Vgl. das tüchtige Werk von Koch Deutschlands Eisenbahnen, Versuch einer systemat. Darstellung der Rechtsverh. ders. 2 Bde. 1857 — 1859.

1) Eine ganz neue Grundlage für diese schwierige Lehre ist durch das D. H.-G.-B. (5. Buch 5. Tit) geschaffen worden. Von dem ungemein reichen Detail seiner Bestimmungen konnten hier nur die Grundzüge aufgenommen werden. Besonders hervorzuheben sind die Clauseln „Inhalt unbekannt", „Zahl, Maaß und Gewicht unbekannt", frei von Bruch, Leckage oder Beschädi-

daß der **ganze Schiffsraum**, oder ein verhältnißmäßiger **Theil** desselben für die Aufnahme der Frachtgüter dienen soll. In diesem Falle wird ein schriftlicher Vertrag, Charte-partie errichtet. Auch dieser Vertrag ist eine locatio und conductio operis [2]). Die hervortretendste Eigenthümlichkeit des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses ist die, daß der **Befrachter** als der Herr des ganzen Unternehmens gilt, weshalb ihm der Verfrachter in manchen Puncten nachgeben muß, in denen dieß nach den allgemeinen Grundsätzen der Werkmiethe nicht der Fall sein würde. In der Regel wird eine bestimmte Ladezeit verabredet, bei deren Beginn der Verfrachter mit dem seetüchtigen Schiffe zum Empfang der Ladung bereit liegen muß. Nach Ablauf derselben ist der Verfrachter, wenn er keine Ladung erhält, zwar nicht verpflichtet, länger zu warten, er muß aber seinen Willen, abzufahren, spätestens drei Tage vorher erklären. Oft wird vertragsmäßig eine s. g. Ueberliegezeit verabredet (in Ermangelung besonderer Bestimmung 14 Tage), für welche der Verfrachter eine besondere Vergütung, Liegegeld, zu fordern hat [3]). Der Befrachter kann, wenn er die Ladung nicht geliefert, gegen Entrichtung der halben Fracht (Fautfracht) vom Vertrage zurücktreten [4]). Eine Ueberliegezeit kommt vertragsmäßig bisweilen auch für die Löschzeit vor. Gehen die Frachtgüter unter, so ist keine Fracht zu bezahlen [5]). Der Frachtvertrag

---

gung" (welche in der Regel in das Connossement aufgenommen werden), wodurch der Verfrachter seine Haftung mindert. S. über die Bedeutung derselben Art. 656—659.

2) Also nicht eine l. c. navis (Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. 1 S. 632 flg.). Eine solche ist allerdings **möglich**; dann liegt aber ein ganz anderes Geschäft vor. Alsdann ist der Schiffer der gedungene Diener des Befrachters (nicht des Rheders).

3) H.-G.-B. Art. 568—571.

4) Art. 581.

5) Art. 618.

ist aufgelöst, wenn das Schiff oder die Güter vor Antritt der Reise verloren gehen, und jedem Theile steht der Rücktritt offen, wenn vor Antritt der Reise eine Kriegsgefahr droht. 2) Eine Verfrachtung auf Stückgüter ist dann vorhanden, wenn einem Schiffer nur einzelne Frachtstücke zum Transporte übergeben werden. Hier steht der Schiffer vielen einzelnen Befrachtern gegenüber, und er erscheint als der überwiegende Theil des Verhältnisses. Insbesondere braucht der Schiffer, wenn der aufgeforderte Befrachter mit der Abladung säumig ist, nicht zu warten, sondern kann sofort mit dem Anspruch auf das volle Frachtgeld absegeln [6]. — Der Verfrachter hat wegen seiner Forderungen ein Pfandrecht an den Frachtgütern, und kann sich auch durch öffentlichen Verkauf derselben befriedigen.

Bei dem Seefrachtvertrage kommt eine mit eigenthümlichen rechtlichen Wirkungen versehene Urkunde vor, das Connossement. Dieses ist ein regelmäßig in mehreren Exemplaren ausgestellter Verpflichtungsschein des Schiffers, welcher darin den Empfang der Waare bescheinigt und sie einem genannten oder erst noch zu nennenden Adressaten nach Maßgabe der Bestimmungen des Frachtbriefs gegen Zahlung der Fracht am Bestimmungsorte auszuliefern verspricht. Ist das Connossement „auf Ordre" gestellt, so kann es durch Indossament übertragen werden, und es gilt dann der hierdurch berechtigte Inhaber desselben als zum Empfang der Waare legitimirt. Durch das Connossement übernimmt der Schiffer eine vollständige, und zwar formelle [7]) Verpflichtung gegenüber dem

---

6) Art. 589.

7) Wenn man in dem Frachtvertrage zugleich eine Anweisung sieht (wonach der Ablader den Destinatär [Assignatar] an den Schiffer [Assignat] zum Empfang der Waare anweist), so liegt die Analogie eines Accepts dieser Anweisung durch das Connossement nahe.

durch den Besitz desselben legitimirten Empfänger zur Auslieferung des Frachtguts; es ist nicht die Verpflichtung des Frachtvertrags, welche durch das Connossement wiederholt wird, sondern eine neue, davon ganz unabhängige Verbindlichkeit. Dem berechtigten Connossementsinhaber gegenüber ist der Schiffer unbedingt (gegen Zahlung der Fracht) zur Ablieferung verpflichtet; jener hat aus dem Connossemente ein selbständiges Klagerecht, dem der Schiffer keine aus dem Empfang einer Contreordre oder aus der Person des Abladers oder Indossanten entnommene Einrede entgegensetzen kann. Daraus entsteht eine ungemeine Zuverlässigkeit des obligatorischen Anspruchs des Destinatärs, welche ihm thatsächlich das gleiche Gefühl, als hätte er die Waare schon wirklich, gewähren mag [8]). Diese thatsächliche Wirkung hat man oft auch als eine juristische betrachtet und seit langer Zeit in unfruchtbaren Künsteleien sich an der Beantwortung der Frage versucht: ob und wie man durch den Erwerb des Connossements Besitz und Eigenthum des Frachtguts erlangen könne [9])? und auch das D. H.-G.-B. hat sich in seiner letzten

8) Die obige Construction findet sich u. A. in den (vom Verfasser dieses Buchs herrührenden) Motiven eines Antrags zu dem Protokoll der hamburger Seerechtsconferenz vom 1. December 1858 (Protokolle S. 2217). Unabhängig davon hat später eine ähnliche Entwickelung gegeben Laband in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 19 S. 121 flg. (1859).

9) Hierbei rief man hauptsächlich das constitutum possessorium zu Hülfe. Bisweilen griff man auch zur „symbolischen Tradition.“ Unter den vielen hierher gehörenden Schriften ist die beachtenswertheste die von Holtius Abhandl. civil. und handelsrechtl. Inhalts (übers. von Sutro) 1852 S. 97 flg. — Nach der oben gegebenen Construction kann also der Schiffer nur dann einer Contreordre gehorchen, wenn ihm sämmtliche Connossemente zurückgegeben werden. Die Frage über die Zulässigkeit einer Anhaltung der Waare wegen Concurses des Destinatärs darf nicht mit der Lehre von dem Connossemente in Verbindung

Formulirung zu einer Beantwortung derselben herbeigelassen (Art. 649).

§. 185.

Die regelmäßigen durch die Schifffahrt veranlaßten Kosten [1]) werden, wenn das Gesetz oder die Verabredung nichts Anderes bestimmt, vom Schiffer getragen, der sich für sie durch Berechnung derselben bei der Bestimmung des Frachtlohns entschädigt. Schäden oder Unkosten, welche entweder nur das Schiff allein, oder nur die Fracht oder einen Theil derselben treffen (besondere oder particuläre Havarei) werden nur von dem Benachtheiligten getragen [2]). Schäden und Verluste dagegen, welche durch Aufopferung von Frachtgütern, von Schiff oder Schiffstheilen zur wirklichen Abwendung einer Schiff und Ladung zugleich bedrohenden Seegefahr entstanden sind (große oder gemeinschaftliche Havarei), werden über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach Verhältniß des Werths und Betrags derselben vertheilt [3]). Die Berech-

---

gebracht werden; sie beruht auf selbstständigen Anordnungen des Concursrechts.

1) z. B. Lootsen- und Hafengelder, Schlepplohn, Quarantainegelder u. s. w. D. H.-G.-B. Art. 622. Früher wurde die kleine Havarei nach Procenten von Schiff und Waaren besonders berechnet. Kaltenborn Seerecht Bd. 2 S. 58 flg.

2) H.-G.-B. Art. 703. Kaltenborn S. 60 flg. Die Gränze zwischen particulärer und großer Havarei war früher schwankend. Jetzt entscheiden die Art. 708 und 709 des H.-G.-B., in welchen die einzelnen Fälle der großen Havarei aufgezählt werden. Analag behandelt werden die Fälle des Art. 637 (Aufenthalt im Nothhafen u. s. w.).

3) H.-G.-B. Art. 718 flg., das Princip der lex Rhodia de jactu. Durch die sehr umfassenden Vorschriften des achten Titels des 5. Bds. des D. H.-G.-B. sind jetzt die früher so schwer zu beantwortenden Fragen (z. B. über die Berechnung der Beitragspflicht) erledigt. Uebrigens ruht

nung (Dispache) der Beitragspflicht zum Ersatze der großen Havarei geschieht durch öffentlich angestellte Dispacheurs.

III. Verpflichtung zu Frohndiensten [1]).

§. 186.

Aus der mittelalterlichen Vogtei und der Gutsherrschaft ist eine früher sehr allgemeine Verpflichtung der Besitzer bestimmter Grundstücke, meist Bauergüter, zu gemeinen Dienstleistungen, Frohnden, für gewisse Berechtigte entstanden, welche später in Verträgen und unvordenklicher Willkür (Herkommen) eine reiche Quelle ihrer Vermehrung fand. Diejenigen Frohnden, welche im Gegensatz der Land- und Gerichtsfolge [2])

---

die Verpflichtung zu Beiträgen auf den geretteten Gütern und ist in der Regel keine persönliche Schuld. Art. 728.

1) Lauhn Abhandl. von den Frohndiensten der Teutschen, verm. v. Kuhn. 1785. Wigand die Dienste, ihre Entstehung, Natur, Arten und Schicksale, mit besonderer Rücksicht auf die Geschichtsquellen der — Abtei Corvey. 1828. Hagemann Handb. d. Landwirthschaftsrechts §. 229 flg. — Preuß. Landr. II, 7 §. 308 flg. Bayr. Landr. II, 11. Thomas Fuldaisches Recht I S. 413 flg. Grefe Hannöv. Privatr. S. 62 und 241 flg. Steinacker Braunschw. Privatr. 510 flg. Reyscher Würtemb. Privatr. I §. 258. Haubold Sächs. Pr.-R. §. 464 flg. Sachse Sächs. Privatr. §. 624.

2) Regelmäßig rechnet man auch diese Frohnden zu den an dieser Stelle zu besprechenden und theilt sie dann überhaupt in öffentliche und privatrechtliche. Allein nur die letzteren gehören hierher, indem sie allein nach der heutigen Anschauung auf einem nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurtheilenden Verhältnisse beruhen. Diese Scheidung gebietet freilich erst die neuere Wissenschaft; denn ein guter Theil jener öffentlichen Frohnden beruht auf denselben Entstehungsgründen, aus denen die privatrechtlichen hervorgegangen sind. Nach jener Scheidung sind aber auch die Frohnden hierher zu rechnen, welche der Landesherr als Grundbesitzer zu fordern berechtigt ist, d. h. als Privatperson. — Es

und den durch die Gemeindepolizei gebotenen Diensten, heutzutage als rein privatrechtliche Verpflichtungen gegen einen Privaten (meist Gutsherrn, oft aber auch einen davon verschiedenen Dienstherrn) erscheinen, haben die Natur wirklicher Reallasten. Die Verpflichtung zu Frohndiensten ist verschieden, jenachdem die Dienste der Art, der Zahl oder dem Orte nach bestimmt sind oder nicht (gemessene Dienste und ungemessene), jenachdem sie bei regelmäßig sich wiederholenden Veranlassungen oder nicht zu leisten sind (ordentliche [3]) und außerordentliche [4]) Dienste), jenachdem sie bloße Handarbeit oder auch Fuhren umfassen (Hand- und Spanndienste). Daher erstreckt sich die Beweispflicht Dessen, welcher Frohnden in Anspruch nimmt, nicht bloß auf das Dasein, sondern auch auf den Umfang der Berechtigung [5]).

Der Verpflichtete muß zum Dienste besonders aufgefordert werden [6]); er kann ihn zwar durch tüchtige Stellvertreter ausüben lassen oder sich durch ein Dienstgeld befreien, aber der Verpflichtung überhaupt sich durch keinerlei Entschuldigungsgründe entziehen. Der Dienst wird nur an gewöhnlichen Werktagen, aber mit eigenem Werkzeuge und eige-

---

giebt auch privatrechtliche Frohnden, welche nicht auf dem Grundbesitz haften, sondern auf der Person, z. B. die s. g. Häuslingsdienste; diese sind natürlich keine Reallasten.

3) Dahin gehören die Acker- und Erndtefrohnden, auch die Wachtdienste. S. z. B. Steinacker a. a. O. S. 515 flg.

4) Dahin gehören besonders die Jagd- und Baufrohnden (Burgfesten, Burgdienste). Hagemann pract. Erört. I, 41 u. 42.

5) Die früher häufig angenommene Präsumtion für gemessene oder aber für ungemessene Dienste (Gesenius Meyerrecht I S. 80 flg.) ist ganz unbegründet.

6) Ist dieß nicht geschehen, so ist der Pflichtige für dießmal liberirt. — Der früher sehr allgemeine Dienstzwang durch Geldstrafen oder Züchtigung ist jetzt wohl überall aufgehoben.

nem Fuhrwerk[7]) ohne Entschädigungsanspruch für dessen Beschädigung vom Verpflichteten geleistet, und dauert in der Regel so lange, als die Arbeit eines Tagelöhners[8]). Hie und da ist der Gutsherr zu einer Vergütung (Pröve) verpflichtet[9]). Bei ungemessenen Diensten, welche dieß jedoch niemals nach allen Richtungen zugleich sind, ist der Berechtigte zu einer billigen Rücksicht auf die eigenen Bedürfnisse der Wirthschaft des Bauers verpflichtet, welche das natürliche Maß der Dienstforderung abgiebt[10]).

Die Frohnden, welche aus Vogtei und Gutsherrschaft (s. g. Gutsfrohnden, Schaarwerk, Robot, Herrendienste) hervorgegangen sind, sowie die Jagdfrohnden sind jetzt in Deutschland überall aufgehoben.

IV. Zins- und Rentenforderungen.

1) Zinsbares Darlehn.

§. 187.

Das Bedürfniß des erweiterten Verkehrs verdrängte am Ende des sechszehnten Jahrhunderts[1]) die früher in Deutsch-

---

7) Und zwar nicht mit dem Fuhrwerk, welches der Verpflichtete wirklich hat, sondern mit dem, welches er nach der Beschaffenheit seines Guts haben sollte. S. aber Steinacker a. a. O. S. 517. Als Dienstzeit wird die ortsübliche eines gewöhnlichen Taglöhners betrachtet. S. Ortloff in seinen Abhandl. und Rechtsfällen (Jena 1847) S. 398 flg.

8) S. z. B. Osnabrück. Eigenthumsord. C. 13 §. 4—8. Steinacker S. 521.

9) Steinacker S. 523.

10) Eichhorn Einl. §. 251, V. VI.

1) Noch in der Reichspolizeiordnung v. 1530 Tit. 26 (auch noch in den spätern) wird es als verbotener Wucher aufgeführt. S. auch das Freiburger Stadtrecht v. 1520 Bl. 33 b.

land üblichen und selbst den einfacheren Verhältnissen kaum entsprechenden schwerfälligen Geldgeschäfte[2]) zu Gunsten des Darlehns mit Zinsversprechen, und setzte so das canonische Verbot dieser Zinsnahme[3]) unter Begünstigung der Particularrechte[4]) und indirectem Einflusse der Reichsgesetzgebung[5]) vollständig außer Anwendung. Nur über das Maß der erlaubten Zinsen vermochte sich keine allgemeine Norm zu bilden[6]); denn wenn auch immer eine Zinsnahme von fünf

2) Früher behalf man sich namentlich mit dem Rentenkaufe (auch dem Verkauf von Grundstücken auf Wiederkauf), auf welchen wegen der in der Natur desselben begründeten Unterschiede vom Darlehen (Phillips deutsches Pr.=Recht I. S. 537 flg.) die canonischen Zinsverbote nicht paßten. Die Einführung des Darlehns wurde besonders durch das Wegfallen der beschränkten Haftungspflicht des Erben nach älterem deutschen Rechte befördert; den Uebergang bildete die Anerkennung des Kündigungsrechts des Rentenkäufers bei Säumniß des Rentenschuldners. S. Deputationsabsch. v. 1600. §. 139. Vgl. auch Wächter Handb. des Würtemb. Privatr. I. S. 496 flg. und Denselben S. 111 Note 16 über eine höchst seltsame Umgehung der Zinsverbote. Interessant sind auch die Ausführungen in den Würtembergischen Landrechtsacten (1859) S. 125 flg. Eichhorn Staats= und Rechtsgeschichte §. 450.

3) Can. 1 C. 19. Quaest. 3 Cap. 1, 4, 6, 8, 10. X. de usur.

4) Frankfurter Reformat. II, 11 §. 10 flg. Hamburg. Stadtr. II, 1, 4. Pfälzisches Landr. v. 1588 fol. 71, Henneberg. Landesordn. v. 1539, Buch 6 Tit. 2 §. 3.

5) Die Reichsgesetzgebung hat das zinsbare Darlehn niemals geradezu anerkannt; nur Verzugszinsen gestattete sie, vgl. Deputationsabsch. v. 1600 §. 139 und die Mittheilung von Meiern Gedanken v. d. Rechtmäßigkeit des 6. Zinsthalers (1752) S. 133 flg. Die Zugeständnisse des Reichs=Absch. v. 1654 §. 174 sind offenbar nur transitorisch, auf die Folgen des 30jährigen Kriegs berechnet, was die Praxis freilich nicht immer berücksichtigte, s. Eichhorn Einl. §. 108 Not. g. Aber zuletzt erkannten selbst die Reichsgerichte die überall für die Gültigkeit des Zinsversprechens sich bildenden Gewohnheitsrechte an. S. Gail obs. pract. II, 8 Nr. 5.

6) Weil man bald das römische Recht, welches im Allgemeinen sechs Procent gestattet, anwenden wollte, bald die fünf Procent der

Procenten von allen Particularrechten gestattet wird, so weichen sie doch sehr in Betreff der Bestimmung über den sechsten Zinsthaler von einander ab[7]). Durch die Eigenthümlichkeit der Entwickelung des Darlehnsinstituts in Deutschland[8]) rechtfertigt sich aber, wenn das Landesgesetz den sechsten Zinsthaler nicht ausdrücklich gestattet, die Zulassung einer Rückforderung des letzteren, ohne daß die Annahme desselben schon als strafbarer Zinswucher betrachtet werden kann[9]).

3) Realzinsen.

a) Zinsen aus dem Rentenkauf*)[1]).

§. 188.

Eine Rente wird „auf ein Grundstück gelegt", wenn

Reichgesetzgebung als Norm ansah. Glück Pandecten Bd. 21 S. 99 flg.

7) Vgl. die bei Eichhorn Einl. §. 109, d und bei Mittermaier Grundsätze §. 275 Not. 14 und 15 angef. Gesetze. Das Pr. Landr. I. 11 §. 841 erklärt fünf Procent für landesübliche Zinsen, das Oesterr. Gesetzb. §. 994 läßt, wenn kein Unterpfand gegeben wurde, sechs Procent zu.

8) Das Darlehnsgeschäft mit Zinsversprechen ist gewissermaßen, als ein verfeinerter Rentenkauf, auf deutschem Boden wieder primitiv entstanden; für diesen gestattete aber die Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 17 §. 9 fünf Procent. Aus diesem Grunde kann man also nicht wegen des bloß transitorischen Charakters bei §. 174 des J. R. A. auf den römischen Zinsfuß zurückkehren.

9) Glück a. a. O. S. 135 Not. 1. — Ein Kaufmann kann für Darlehns- und andere Schulden aus Handelsgeschäften auch höhere Zinsen als sechs Procent gültig versprechen, H.-G.-B. Art. 292.

*) Der Rentenkauf kam übrigens nicht bloß mit der Wirkung vor, daß eine Reallast dadurch begründet wurde, sondern auch mit bloß persönlicher Wirkung.

1) S. Eichhorn's Rechtsgesch. §. 361 und 450. Albrecht Gewere

der Eigenthümer desselben gegen Empfang eines Capitals sich selbst und alle späteren Besitzer des Grundstücks als solche nach den über die Entstehung der Reallasten geltenden Grundsätzen zur Zahlung einer Rente verpflichtet. Der Rentenkauf war für das ältere Rechtsleben das Geldgeschäft, welches sich in der späteren Zeit in der Form des Darlehns mit Zinsversprechen darstellt; es hatte seine Bedeutung in einer Zeit, in welcher der Credit nicht in der Person, sondern allein in dem unbeweglichen Vermögen gefunden wurde [2]). Aus diesem Gebrauche des Rentenkaufs erklärt sich die hie und da anerkannte Befugniß des Rentenschuldners, durch Zahlung des Hauptcapitals die Rente abzulösen, welche freilich durch die Bestimmung der letzteren als einer ewigen („Ewiggeld") ausgeschlossen werden konnte [3]), allmählich

---

S. 157—188. Duncker Reallasten S. 69 flg. Auer das Stadtrecht von München (1840) S. CXXIX. flg. Göschen Goslarische Statuten S. 228 flg. Stobbe in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 19 S. 178 flg. Arnold, zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten 1861.

2) Der Rentenkauf ist also nicht, wie man früher sehr allgemein annahm, ein zur Umgehung der canonischen Zinsverbote erfundenes Geschäft, ein mutuum palliatum, sondern er ruht auf einer tieferen Grundlage. Wohl aber mögen diese Verbote den häufigen Gebrauch des Geschäfts gefördert und lange erhalten haben. Eine hauptsächliche Veranlassung des Rentenkaufs liegt in der beschränkten Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers, s. Albrecht S. 176 flg.

3) Albrecht a. a. O. S. 164. Die älteren Quellen sind sehr schwankend, indem manche die Ablösung allgemein zulassen, andere den Beweis dieses Rechts fordern, es als etwas Besonderes ansehen. So das Münchener Gerichtsbuch bei Auer a. a. O. S. CXXXVI Nr. 4, das Lüb. Recht von 1240 Art. 195. Magdeburger Fragen II, 1, 5 (hinter dem Sachsenspiegel); dagegen s. d. Alte Lüneb. Stadtr. Art. 43 (Dreyer Nebenst. 379), Lübisches Recht Art. 196. Die Regel war wohl die Unablösbarkeit; aber die besondere Absicht der Parteien auf ein vorübergehendes Geldgeschäft mochte für einen Grund der Ablöslichkeit gelten, wenn jene ausgesprochen vorlag.

aber durch die Reichsgesetzgebung ganz allgemein vorgeschrieben wurde[4]). Die enge Verbindung, in welche das Capital mit einem Grundstücke, als Credit gebendem Objecte, gesetzt wurde, veranlaßte die älteren deutschen Statuten, das letztere auch als nächsten Executionsgegenstand anzusehen, indem sie dem Rentengläubiger ursprünglich das Recht gewährten, den säumigen Schuldner vom Gute zu treiben, und später wenigstens eine (der Wirkung des Pfandrechts ähnliche) Distraction des belasteten Grundstücks gestatteten; dieß ist der Inhalt der Gewere, welche die gerichtliche Auflassung des Rentengeschäfts hervorbrachte[5]). Das Pfändungsrecht des Renten-

---

4) Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 17 §. 8.

5) S. Auer CXXXII flg. Hamburger Stadtr. v. 1270 II, 1. Goslar. Statuten (bei Göschen) S. 25 Z. 33 flg. Albrecht S. 159. Duncker S. 72. Stobbe S. 189. Ueber die Distraction s. Lüneburger Reformat. 2, 8 (Pufendorf observ. tom. 4. App. p. 668 flg.). Auch darin ist diese Verbindung der Forderung mit dem Grundstücke erkennbar, daß dem Rentenkäufer bisweilen ein Vorkaufsrecht an letzterem gegeben wird; s. die Stellen bei Albrecht Not. 376. — Ueber die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung und die Bezeichnung des entstandenen Rechts als Gewere siehe statt aller die bei Duncker a. a. O. S. 70 citirten Stellen. — Alle im Text hervorgehobenen Momente haben Albrecht zur Annahme der Hypothese geführt, daß der Rentenkauf zwei Perioden seiner Entwickelung im deutschen Rechte habe; in der ersten sei das Verhältniß des Rentengläubigers und Rentenschuldners nach dem Verhältnisse des Gutsherrn zum zinspflichtigen Hintersassen beurtheilt, in der zweiten aber auf die Linie der neueren Satzung gestellt worden (zum Theil wieder von Albrecht zurückgenommen in Richter's Krit. Jahrb. 1839 S. 313). In keinem Falle jedoch kann ich Duncker's Ansicht, der Auer beipflichtet, anerkennen, daß das Grundstück selbst als verpflichtetes Subject gelte. Die häufige Bezeichnung der Schuld als einer Schuld des Grundstücks kann als eine zwar sehr passende, aber nur unjuristische Bezeichnung nicht zum Beweis gebraucht werden; auch sagen die bei Duncker S. 71 und bei Albrecht S. 170 angeführten Stellen (z. B. nach den Bremer Stat.: „dat shall he vordern up dat erve“) nichts Anderes als das im Text Ausgesprochene. Es läßt sich

gläubigers, welches auf der allgemeinen Grundlage dieses Rechts beruht[6]), hat sich ebenso als die ehemals zur Strafe eintretende Verdoppelung des Zinses bei Zahlungsversäumniß (Rutscherzins[7])) im späteren Rechte verloren.

Der Rentenkauf ist aus dem lebendigen Verkehr unserer Tage zum größten Theile verschwunden[8]). Wo er zur Anwendung kommt, ist er durchaus nach den Grundsätzen der Reallasten[9]) zu beurtheilen. Die Höhe der Rente ist reichs-

---

daraus namentlich nicht mit Duncker S. 76 (Auer S. CLXXXI) weiter folgern, daß der jedesmalige Besitzer des belasteten Grundstücks auch für die Rückstände seines Vorfahrers hafte (die angeführten Stellen, abgesehen von den singulären französischen Urkunden, beweisen dieß nicht; auch sprechen die bei Kraut Grundr. §. 130 Not. 17—21 angeführten Stellen nicht von der Forderung von Rückständen eines früheren Besitzers gegen den neuen Inhaber), oder daß der Gläubiger sich nur an die Sache, nicht an das sonstige Vermögen des Rentenschuldners halten könne (vgl. z. B. die merkwürdige Stelle der Freiberger Statuten bei Duncker S. 73, wonach immer zuerst die Execution aus dem sonstigen Rechte versucht werden soll). — Ebensowenig darf die Bezeichnung des Rechts als „Gewere" zu der Annahme eines besonderen juristischen Verhältnisses verleiten; es erklärt sich dieß aus der weitumfassenden Bedeutung des Begriffs Gewere, welche hier das den Immobiliarrechten gleichgezählte Recht auf den Zins, und daneben auch wohl die nothwendige Einwirkung desselben auf die belastete Sache bezeichnen soll.

6) Richtig Wilda Zeitsch. f. deutsches Recht Bd. 1 S. 217 flg.

7) Albrecht Gewere Nr. 370.

8) Duncker in der Zeitsch. f. deutsches Recht Bd. 11 S. 471 flg.

9) Es ist ebenso unrichtig, zu behaupten, der Rentenkauf sei das Muster zur Bildung der übrigen Reallasten gewesen, als den Anspruch zu stellen, daß der Rentenkauf heutzutage nach andern Grundsätzen, als die übrigen Reallasten beurtheilt werde. Er fällt vielmehr jetzt durchaus unter die gemeinsamen Grundsätze, welche eine nach dem Standpuncte der heutigen Wissenschaft geleitete juristische Beurtheilung der factisch sehr verschiedenartigen Lasten dieser Gattung aufstellen muß. Der Rentenkauf ist ökonomisch darin nicht von den übrigen Reallasten abweichend, daß, wie behauptet worden ist, das gezahlte Aequivalent nicht allen Besitznachfolgern zu Gute komme; denn für jeden Käufer des Grundstücks mindert sich der Kaufpreis durch das Dasein dieser

gesetzlich[10]) auf fünf Procent beschränkt, daraus darf aber in keiner Weise die Anwendbarkeit der sonstigen Bestimmungen über Zinsen geschlossen werden. Der Rentenschuldner kann nach Willkür die Rentenlast ablösen[11]); der Rentengläubiger kann dieß nur dann verlangen, wenn jener in der Zahlung

---

Last. Er ist auch darin nicht unterschieden, daß die Last bloß das Grundstück, nicht die Person des Besitzers afficire, daher die Execution nicht gegen das Vermögen des Schuldners, sondern nur auf die belastete Sache gehe, daher auch der Rentenschuldner durch Dereliction der Sache sich selbst von der Zahlung der Rückstände befreie, für welche der Nachfolger hafte. Es ist allerdings zuzugeben, daß in den Statuten des 14. bis 16. Jahrhunderts häufig Bestimmungen vorkommen, welche diese Sätze aussprechen, und zeigen, daß man dabei dem Grundstück noch eine weitere Rolle zudachte, als diejenige ist, welche demselben sonst bei Reallasten zukommt. Insoweit hat Stobbe a. a. O. S. 209 Recht (obschon ich keineswegs einräumen kann, daß auch in jenen Zeiten diese Grundsätze allgemein gegolten hätten). Aber es erkärt sich diese eigenthümliche Behandlung des Rentenkaufs einfach aus dem Umstande, daß er in der That in den Städten das zinsbare Darlehen mit hypothekarischer Sicherheit thatsächlich vertrat, und nun die statutarische Gesetzgebung bemüht sein mußte, für die möglichst parate Exigibilität zu sorgen, wobei nichts näher lag, als das belastete Grundstück selbst als das nächste Executionsobject anzusehen (s. Baumeister Hamburg. Privatr. I S. 164 flg.). Ein Theil jener älteren Vorschriften hängt wohl auch damit zusammen, daß man bei der begränzten deutschrechtlichen Schuldvererbung auf einem anderen Wege (nämlich durch Verpflichtung des Besitznachfolgers für die Rückstände des Vorgängers) Sicherheit zu schaffen veranlaßt war. Jetzt sind diese Gesichtspuncte nicht mehr vorhanden. Wo der Rentenkauf noch vorkommt, soll er nicht mehr die Stelle des hypothekarischen Darlehens vertreten, sondern anderen Intentionen dienen. Daher ist es auch nicht gerechtfertigt, diesem Geschäfte im heutigen Rechte eigenthümliche von den Principien der Reallasten im Allgemeinen abweichende Wirkungen beizulegen, welche lediglich dem Gesichtspuncte der Vertretung des hypothekarischen Darlehens entnommen waren. Anders ist es natürlich da, wo eine solche statutarische Bestimmung noch unmittelbar geltendes Gesetz ist.

10) Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 17 §. 9.

11) Reichspolizeiordn. a. a. O.

der Rente säumig ist und für diesen Fall dem Rentenkäufer das Kündigungsrecht ausdrücklich einräumte [12]).

b) Sonstige Grundzinsen.

§. 189.

Abgesehen von den gekauften oder durch einen Act der Liberalität bestellten Renten, kennt das deutsche Recht eine Menge der verschiedenartigsten Zinsverpflichtungen mit dem Charakter der Reallasten. Ein Theil derselben beruht auf der ehemaligen Unterwerfung des belasteten Guts unter die Vogtei oder Gerichtsherrschaft eines Gutsherrn, ein anderer Theil ist ein Aequivalent gegen die Gestattung von Servituten und ähnlichen Gerechtsamen, noch andere sind der Kaufpreis von Grundstücken, ein großer Theil endlich wurde bei der Uebertragung bäuerlicher Nutzungsrechte an Bauergütern vom Gutsherrn vorbehalten [1]). Die Grundzinsen bestehen

---

12) Deputationsabsch. v. 1600 §. 35.

1) Auf die Verschiedenheit der Entstehung eines Bodenzinses stützt sich eine sehr allgemeine Eintheilung desselben in vorbehaltenen und aufgelegten (census reservativus und constitutivus). Der erstere ist derjenige, welcher bei der Uebertragung bloß bäuerlicher Nutzungsrechte (nach Andern auch des vollen Eigenthums) vom Gutsherrn vorbehalten wurde, der letztere ist dagegen ohne eine solche Uebertragung auf das Grundstück aus anderen Gründen aufgelegt worden, wobei Maurenbrecher Lehrbuch I S. 724 noch die scharfe Trennung von vertragsmäßig entstandenen Zinsen fordert. Diese Unterscheidung berührt die rechtliche Natur des Zinses im heutigen Rechtsleben regelmäßig nicht, da er meistentheils nach den Grundsätzen der Reallasten beurtheilt wird; sie ist nur insofern wichtig, als bei etwaigen Ablösungen aus ihr ein Maßstab für die Größe des Lösecapitals gewonnen wird. Denn der Umstand, daß der Gutsherr bei Erneuerung des Leihecontracts den vorbehaltenen Zins erhöhen kann (was ohnedieß meistentheils durch Particularrechte ausgeschlossen ist), darf nicht (Eichhorn Einl. §. 253, II) hierher gezogen werden, da dieß nicht sowohl als die Erhöhung des alten, sondern als die Constituirung eines neuen Zinses aufzufassen ist; diese Art Zinsen fällt auch häufig (s. aber Häberlin Zeitschr. f. deutsch.

bald in Geld, bald in Naturalien und führen die verschiedensten Namen, welche bald von der Beschaffenheit des Gegenstands[2]), bald von der Zeit der Fälligkeit[3]) oder der Natur des belasteten Grundstücks[4]), bald endlich von dem rechtlichen Grunde[5]) des Zinses genommen sind. Naturalzinsen werden im Zweifel von der Güte und Beschaffenheit geschuldet, wie sie auf dem belasteten Grundstücke überhaupt erzeugt zu werden pflegen[6]). Der Termin der Leistung des Zinses, welchen in der Regel der Zinsmann dem Berechtigten darbringen muß[7]), ist meistens ein einziger Tag im Jahre, und zwar bald ein hohes Fest, bald die Zeit, in welcher das Agriculturproduct gewonnen wird[8]). Für den Fall, daß der fällige Zins nicht gezahlt wird, geben manche Particularrechte dem Berechtigten die Befugniß, eine Erhöhung

---

R. 18. Bd. S. 157) gar nicht unter den Begriff der Reallasten (Duncker Reallasten S. 199; alsdann gehört er auch nicht in diese Eintheilung, daher unrichtig Walter d. Pr.-R. §. 534). Um dagegen die Beschaffenheit des Guts zu bestimmen, ob es Eigenthum oder bäuerliches Nutzungsrecht sei, wird man die localgeschichtliche Untersuchung nicht auf die Schuleintheilung zwischen reservirtem und aufgelegtem Zins, sondern auf die ganze Geschichte des Bauerguts richten, wobei allerdings die Erforschung des Zwecks des Zinses ebenfalls von Bedeutung ist. — Ueber die Geschichte des Grundzinses s. Duncker Reallasten S. 197 flg.

2) z. B. Zinsfrucht, Zinskorn, Wachszins.

3) z. B. Martinsgänse, Fastnachtshühner, Ostereier, Pfingstlämmer.

4) z. B. Rauchhühner, Rauchpfennig.

5) z. B. Leibhühner (Leibeigenschaft), Go-, Hals- und Vogtshühner (Gerichtsherrschaft.) — Bekenngeld (Gutsherrschaft). Der Ausdruck „Erbzins" deutet nur auf die Erblichkeit des Rechts am Zinsgute.

6) Struben rechtl. Bedenken III, 112. Hagemann prakt. Erört. 7. Bd. Nr. 75.

7) S. zwar Sachsensp. I, 54 §. 2 und Berger Oecon jur. L. 3. T. 5 Th. 28 not. 8. S. aber Cod. Max. Bavar. IV, 7 §. 9. Eichhorn Einl. §. 253, VI.

8) Vgl. Not. 3.

des Zinses zu fordern (Rutscherzins, Zinsbuße)[9]), andere gestatten dem Gutsherrn sogar die Einziehung des zinspflichtigen Grundstücks, wenn das Recht des Zinsmanns an demselben nur ein bäuerliches Nutzungsrecht ist[10]); noch andere Particularrechte geben endlich wegen fälliger Zinsen ein Vorrecht im Concurse oder ein gesetzliches Pfandrecht[11]). Ein Recht, Erlaß oder Nachlaß am Zinse in unglücklichen Jahren zu fordern, kann dem Zinsmann, da die Analogie des Pachts nicht entscheidet[12]), aus gemeinrechtlichen Gründen nicht zugesprochen werden; Particularrechte[13]) und die Gewohnheitsrechte mancher Gegenden gewähren es dagegen bei außerordentlichen Unglücksfällen entweder allgemein oder nur in Betreff der Zinsen, welche die Höhe eines wirklichen Aequivalents des Fruchtgenusses erreichen[14]).

c) Zehnten.

§. 190.

Eine Art der Grundzinsen sind die Zehnten, deren rechtliche Eigenthümlichkeiten noch heutzutage zum Theil auf ihrer

---

9) Sachsenspiegel I, 54 §. 2: „Swer sinen zins zu rechten tagen nicht gibt, zwei gelde sal her in geben des andern tags und alle tage also, die wile her in unter ime hat." Ayrer de censibus mora crescentibus. Gotting. 1744. Schott jurist. Wochenbl. IV. S. 633 flg.

10) Steinacker Braunschweig. Privatr. S. 508. Haubold Sächs. R. §. 476. Preuß. Landr. I, 18. 771 flg. S. oben §. 143 N. 14.

11) Bayr. Prioritätsges. §. 13 Nr. 7. Pr. Landr. II, 7 §. 493.

12) A. M. Eichhorn a. a. O. §. 253, V. Richtig Weishaar Würt. Privatr. §. 562.

13) S. Pfeiffer das Meierrecht (1848) S. 156 flg. Die vielen hier angeführten Gesetze stellen es in die Billigkeit des Gutsherrn, fordern diese aber in manchen außerordentlichen Fällen. Das Motiv ist in der Regel das Interesse des Staats an der Erhaltung eines wohlhabenden Bauernstandes.

14) Oesterr. Gesetzb. §. 1133 u. 1134.

Geschichte und Beziehung zur christlichen Kirche beruhen[1]). In vielen Gegenden Deutschlands ist die Zehntberechtigung ein altes Recht der Kirche[2]); sehr häufig ist sie aber in weltliche Hände übergegangen, oder als Gutslast originär bestellt worden[3]). Die Zehntverpflichtung an sich ist abgesehen von der Frage nach dem berechtigten Subjecte durchaus nach den Grundsätzen der Reallasten zu beurtheilen; nur

---

1) Ueber die Geschichte der Zehnten s. G. L. Böhmer de origine et ratione decimarum in Germania (el. jur. civ. T. III p. 64). Birnbaum die rechtliche Natur der Zehnten nach den Grundeigenthumsverhältnissen des römischen und fränkischen Reichs historisch entwickelt u. s. w. 1831. A. M. ist zum Theil Eichhorn Rechtsgesch. §. 186 u. 325, und in seinem Kirchenrecht 2. Bd. S. 815 flg. S. auch Walter's Kirchenrecht (10. Aufl.) §. 247 flg. — Ueber das heutige Recht vergleiche Schnaubert Erläuterungen des Lehnrechts S. 204 flg. und Hagemann's Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 257—267. — Gengler d. Pr.-R. S. 316 flg.

2) Da die Kirche keineswegs überall mit ihrem Zehntanspruche durchgedrungen ist, und auch da, wo dieß geschah, den Zehnten doch nicht in dem ganzen ursprünglich angestrebten Umfange zur Geltung brachte, so hat die Kirche, als Zehntberechtigte, an dieser Stelle keine andere Stellung in Anspruch zu nehmen, als jeder andere zufällige Zehntherr; denn auch ihr Recht bedarf heutzutage, wenn es bestritten wird, des Beweises seiner Entstehung oder wenigstens seines unvordenklichen Daseins, da ein Zurückgehen auf die ursprünglichen Kirchengesetze zur Erwerbung neuer Zehntrechte unstatthaft ist. [Wie Walter d. Pr.-R. §. 531, 4 mir bei dieser Note eine kritiklose Benutzung Birnbaum's vorwerfen kann, wird man wohl schwerlich verstehen.]

3) Nicht aller weltliche Zehnte ist von der Kirche in die Hände der Laien übergegangen; oft wurde er durch Vertrag und Vorbehalt als eine den Zinsen analoge Gutslast bestellt. Auch die Landesherrn haben sich bisweilen durch Gesetze ein allgemeines Zehntrecht angemaßt; da sich aber dieß in der Zukunft schwerlich wiederholen wird, so sind jetzt die Zehntrechte aller Arten von Subjecten nach den rein privatrechtlichen Grundsätzen von der Entstehung der Reallasten zu beurtheilen. Der Darstellung der Particularrechte bleibt es überlassen, den Umfang der Berechtigung jedes Zehntherrn, wie er sich nun einmal gestaltet hat, als thatsächliches Verhältniß zu bestimmen.

treten für den kirchlichen Zehnten noch außerdem manche Bestimmungen des canonischen Rechts über das Kirchengut ein.

Die **Zehntverpflichtung** besteht in der Verbindlichkeit des Besitzers (auch des Pächters)[4]) eines Grundstücks, dem Berechtigten einen Theil (regelmäßig, aber nicht immer den zehnten Theil) der auf demselben erzeugten Früchte (Feldzehnt), oder der durch seine Gutswirthschaft gewonnenen Thiere (Blutzehnt)[5]) oder ihrer Producte zu überlassen. Der Umfang der Zehntberechtigung ist verschieden, jenachdem sie sich über alle in einem Bezirke liegenden Grundstücke (mit Ausnahme der Gärten[6])) erstreckt, oder nur auf einzelne derselben bezieht (decimae universales und particulares), jenachdem sie alle, oder nur einzelne Fruchtarten und Thiergattungen zum Gegenstande hat; im letzteren Falle unterscheidet man den großen und kleinen Zehnt, so daß der große Feldzehnt alle Getreidearten, der kleine Feldzehnt (Krautzehnt) nur die Garten- und Baumfrüchte, der große Blutzehnt größere Thiergattungen, der kleine Blutzehnt nur das Federvieh umfaßt[7]). Weder die Zehntberechtigung über-

---

4) Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 504. Der Umstand, daß die Leistung in einem Theile der wirklich gezogenen Früchte besteht, läßt Jeden, der überhaupt diese Früchte zieht, als verpflichtet erscheinen. Der Grund, den Hagemann u. A. mit noch ferneren Folgesätzen aufstellen, daß die Last zunächst auf den Früchten hafte, enthält gar keinen juristischen Begriff.

5) Der Blutzehnte heißt auch Fleisch- oder Schmalzehnt, decimae minutae, Uchtpenning.

6) Hagemann a. a. O. §. 135 und 259.

7) Hagemann a. a. O. S. 489 flg. Sachsensp. II, 48 §. 11. — Welche Früchte zum großen oder kleinen Feldzehnt zu rechnen sind, kann im einzelnen Falle streitig sein, aber nur nach Herkommen, Vertrag und Particulargesetz entschieden werden. Die in der Brache gewonnenen Früchte fallen ebenfalls unter den allgemeinen, bisweilen auch unter den kleinen Feldzehnt; denn die Brache ist keine rechtliche, sondern

haupt, noch ihr Umfang kann auf eine Präsumtion gestützt werden; der Beweis kann aber durch den Umstand erspart werden, daß ein Gesetz[8]) oder Gewohnheitsrecht die Zehntpflicht in einem bestimmten Maße ausspricht. In Ermangelung eines ausdrücklichen particulären Rechtssatzes kann daher auch vom Neubruch nur dann ein Zehntrecht anerkannt werden, wenn das urbar gemachte Land in einer dem universellen Zehntrechte unterworfenen Feldmark liegt[9]). Die Ausübung des Zehntrechts geschieht in der Art, daß der Berechtigte nach geschehener Anzeige von der vollendeten Ernte nach beliebigem Anfang der Zählung auszehntet[10]); nur wenn er dieß nach erfolgter Anzeige und nach Verlauf der ortsüblichen Zehntfrist unterläßt, hat der Pflichtige das Recht, den Zehnten selbst zu bestimmen und zur Disposition des

---

nur die durch ein besonderes Wirthschaftssystem gebotene factische Schranke des allgem. Zehntrechts. S. Hagemann a. a. O. S. 504 und 491, Pufendorf observ. II obs. 157. Arnold Beitr. z. deutsch. R. II. S. 221.

8) Eine Reihe particularrechtlicher Zehntordnungen, welche leicht vermehrt werden kann, ist angeführt bei Eichhorn Einl. §. 252 n. S. insbesondere Cod. Max. Bavar. P. 2 Cap. 10, Thomas Fuldaisches Pr.-R. I. S. 298 flg., Pr. Landr. II, 11 §. 857 flg., Reyscher Würtemb. Pr.-R. §. 275 flg., Haubold Sächs. R. §. 486, Steinacker Braunschw. Pr.-R. S. 525 flg., Grefe Hannöv. Pr.-R. S. 345 flg.

9) Ueber den s. g. Noval- oder Rottzehnten ist früher ein langer Streit geführt worden; insbesondere hat man ihn häufig durch eigene Gesetze zu einem Regal gestempelt. Die richtige Ansicht s. bei Hagemann pract. Erört. Bd. 3 Nr. 33 und Landwirthschaftsrecht §. 250. Cap. 27 X. de decim. Instr. pac. Osnabr. art. 5 §. 47 (Hagemann Erört. a. a. O. S. 220 Note n).

10) S. hierüber und über das Fortzählen von einem Acker zum andern Hagemann Landwirthschaftsr. §. 265, Arnold a. a. O. S. 373. Auf der Art der Auszehntung beruht die an manchen Orten herkömmliche Bezeichnung des Zehnten als Schlepp- und Streuzehnt. Hagemann a. a. O. §. 262. Uebrigens hat der Zehntherr für das Einsammeln und Fortschaffen des Zehnten keinerlei Entschädigung zu fordern.

Berechtigten zu stellen[11]). Beim Blutzehnten wird das zehnte Stück nach fortlaufender und durch das Ende des Jahrs nicht unterbrochener Zählung als Zehnte in Anspruch genommen[12]). Durch die gleichartige und gleichzeitige Zehntberechtigung Mehrerer an demselben Grundstücke wird der Belastete nicht zur Abgabe eines doppelten Zehnten verpflichtet; die Lösung dieser Collision der Zehntherrn unter sich kann jedoch nur nach dem localen Herkommen und Particularrechte gewonnen werden[13]).

Die Berechtigung zum Feldzehnten ist ein Recht auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen, indem die dem Zehntrechte unterworfenen Früchte nach dem Wirthschaftssysteme, welches bei der Entstehung der Last in Rücksicht genommen wurde, in bestimmten sich immer wiederholenden Zeiten erzeugt werden. Somit wird die Fortdauer des bisherigen Zustands des belasteten Grundstücks, so weit sie von dem Willen des Verpflichteten abhängt, zugleich zu einer natürlichen Nebenwirkung des Rechtsverhältnisses. Eine willkürliche Veränderung der Bewirthschaftung oder der Gestalt des zehntpflichtigen Grundstücks, welche den Zehntherrn im Vergleich zu dem Ertrag seines Rechts bei dem hergebrachten Zustande benachtheiligt, ist deshalb, da ein Surrogat oder Sackzehnt nicht angenom-

---

11) Sachsensp. II, 48 §. 7: „Swen ein man sin korn invuren wil, daz sal her kundegen deme zendenere, ab her in deme dorfe oder uf deme velde ist, und wartet her denne sines zehnden nicht, der man verzehnde im selben, als her sinen eid daran beware, ob man in von ime habn wil, und bewise in zwen sinen geburen und laze in uze sten; so sal erz bliben ane schaden, ab her sider ergert oder verloren wirt.“ Steinacker Braunschw. Privatr. S. 529.

12) „Wie es fällt.“ Hagemann a. a. O. S. 489.

13) S. z. B. Weishaar Würtemb. Pr.=R. §. 561 flg. Cod. Max. Bav. a. a. O. §. 11. Die Unterscheidungen und Grundsätze Maurenbrecher's Privatr. §. 337 sind für das gemeine Recht willkürlich.

men zu werden braucht, der einseitigen Aufhebung einer bestehenden Verbindlichkeit gleich zu stellen [14]).

3) Leibrenten (Leibzuchtsvertrag).

§. 191.

Die Absicht, sich oder Dritten eine lebenslängliche Versorgung durch Leistungen Anderer zu verschaffen, kann durch sehr verschiedene Rechtsgeschäfte ausgeführt werden. Dahin gehört namentlich die auf Grund eines Vertrags oder Gesetzes geschehene Bestellung eines Witthums zum Unterhalte der überlebenden Ehefrau [1]), und die Hingabe eines Werthobjects an Dritte gegen die Verpflichtung zur Zahlung von lebenslänglichen Renten, oder zur leiblichen Verpflegung mit Darreichung von Alimentationsmitteln, Gestattung der Wohnung und Ueberlassen des Nießbrauchs an einzelnen Grundstücken. Dieß letztere Geschäft bezeichnet man im Allgemeinen als Leibzuchtsvertrag, Leibgeding, contractus vitalitius, bei Gutsabtretungen als Altentheil und Auszug; seine juristische Bedeutung kann aber nach der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse sehr verschieden sein. Es kann zunächst ein reines Kaufgeschäft mit der Modification sein, daß ein Theil des Kaufpreises in der Verpflichtung zu Leistungen der genannten Art bestehe [2]); es kann aber auch den Charakter der donatio

---

14) Ebenso Eichhorn Einl. §. 254 und Hagemann a. a. O. S. 505, aber aus unrichtigen Gründen. Vgl. z. B. Arnold Beitr. z. deutsch. R. Bd. 2 S. 66 flg. 376 flg. A. M. ist Mittermaier Grundsätze §. 187 und zum Theil das Pr. Landr. II, 11 §. 885 S. auch Duncker Reallasten S. 226.

1) Darüber im dritten Buche (§. 239) besonders.

2) Runde die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile (1805) S. 307 flg.

sub modo annehmen [3]). Die Leibzuchtsbestellung bei der Uebertragung von Bauergütern insbesondere kann abgesehen von diesen Möglichkeiten unter besonderen Umständen eine Gegenverpflichtung für den Vortheil einer erfrühten Erbfolge [4]) sein, bisweilen (und zwar namentlich wenn das Gut an Fremde [5]) gegen die Leibzuchtsverbindlichkeit abgetreten wird) auch auf einem dem römischen Rechte unbekannten Pfründenvertrage ohne die Wirkungen der anticipirten Erbfolge beruhen [6]). Alle auf diese Weise bestellten Verbindlichkeiten sind an und für sich keine Reallasten; sie können aber deren Wirkung erlangen, wenn sie nach den Grundsätzen über die Entstehung derselben constituirt werden [7]). Der Leibzuchtsvertrag kann endlich einen besonderen Charakter dadurch erhalten, daß bei seiner Eingehung lediglich ein Gewinn durch eine Speculation beabsichtigt wurde, welche auf der muthmaßlichen Berechnung der Lebensdauer des Rentenempfängers beruht; dieß

---

3) L. 8 Cod. de rer. permut. (4, 64). L. 1 C. de donat. quae sub modo (8, 55). Runde a. a. O. S. 310 flg.

4) Darüber im Erbrecht §. 254.

5) Runde a. a. O. S. 317.

6) Eichhorn Einl. §. 117, III. nennt diesen Vertrag, welcher in der Hingabe eines Grundstücks gegen Leibzuchtsverbindlichkeiten ohne Kaufpreis besteht, einen ungenannten Contract und will daraus seine Eigenthümlichkeit ableiten; die ungenannten Realverträge haben aber bekanntlich heutzutage nicht mehr die Eigenthümlichkeiten dieser Form des römischen Vertragssystems. Der Inhalt der Verbindlichkeit entscheidet sich nach den Bestimmungen des Vertrags. Allgemein und durch Particularrecht oft bestätigt ist jedoch die Regel, daß sich die Verbindlichkeiten des Verpflichteten nicht durch Verheirathung oder Kindererzeugung des Leibzüchters vermehren sollen (Runde S. 367 flg.). Nicht immer aber bedarf es eines Vertrags oder einer Testamentsbestimmung zur Entstehung der Leibzucht an Bauergütern, oft gewährt schon das Gesetz eine solche, z. B. dem Interimswirth, überlebenden Ehegatten, gebrechlichen Kindern; Runde S. 353—367.

7) S. oben §. 170 Note 4.

ist der Leibrentenvertrag, von dem nun besonders gehandelt werden soll.

§. 192.

Beim Leibrentenvertrage verpflichtet sich Jemand, gegen Empfang eines Capitals oder eines nach seinem Geldwerthe bestimmten Gegenstands einem Dritten eine lebenslängliche Jahresrente zu zahlen. Da die unsichere Berechnung der Lebensdauer des Rentenempfängers den Maßstab für die Größe des zu leistenden Werthes gewähren muß, und die Rente das gewöhnliche Zinsmaß übersteigt [1]), so ist das Geschäft ein gewagtes [2]). Das Capital ist mit der Perfection des Vertrags verfallen, und der Rentenberechtigte ist nur noch Gläubiger auf den Betrag der Rente („Leibgut schwindet Hauptgut"), deren Forderung übrigens im Concurse keinen Vorzug genießt [3]). Vorausgesetzt wird jedoch für jene Wirkung, daß der Rentenschuldner die Verpflichtung zur Zahlung der Leibrente nicht durch eine willkürliche Handlung aufhebe [4]). Wird

---

1) Eichhorn Einl. §. 118, d. Bornemann Preuß. Civilrecht III. S 135. Wer die Nothwendigkeit dieses Grundsatzes läugnet, hat irgend ein anderes Geschäft, nur nicht den eigentlichen Leibrentenvertrag im Sinne. S. aber Rückert der Leibrentenvertrag, eine civil. Abh. 1857.

2) Von einer laesio enormis und ihrer Wirkung kann hier durchaus nicht die Rede sein.

3) Die fast allgemein entgegengesetzte Behauptung, die Rente werde im Concurse nicht geschmälert und dem Rentenberechtigten müsse ein Capital ausgesetzt werden, dessen Interessen der Größe der Rente gleichkämen, läßt sich durch Nichts begründen. Das Richtige ist, daß der Werth des Rentenrechts zur Zeit des Concurses capitalisirt und nach den allgemeinen Prioritätsgrundsätzen locirt wird. Eichhorn Einl. §. 118, o.

4) z. B. Tödtung des Rentengläubigers, vgl. Bornemann a. a. O. S. 135 (zu Preuß. Landr. I, 11, 621 flg.); verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung nach l. 11 Cod. de cond. ob caus. dat. (4, 6): vgl.

das Geschäft durch Eintreten einer hinzugefügten Resolutivbedingung aufgelöst, so wird das Hauptcapital gegen Erstattung des die gewöhnlichen Zinsen übersteigenden Mehrbetrags der empfangenen Renten zurückgezahlt [5]).

Diese Grundsätze kommen nicht immer in dieser einfachen Gestalt zur Anwendung; sie sind oft in complicirtere factische Voraussetzungen verflochten. Dieß ist zunächst der Fall bei der s. g. Tontine, d. h. dem Geschäfte, bei welchem Mehrere sich in der Art eine Leibrente bestellen, daß der Antheil der Verstorbenen den Ueberlebenden anwächst; ferner bei den s. g. Leibrentenanstalten, welche bei der großen Zahl der sich betheiligenden Leibrentenkäufer auf einer der Einwirkung individueller Zufälligkeiten weniger ausgesetzten Basis beruhen; endlich bei den Wittwenversorgungsanstalten [6]). Dieß sind Gesellschaften (oder Corporationen), welche sich ihren zu bestimmten jährlichen Beiträgen verpflichteten Theilnehmern [7]) gegenüber verbindlich machen, an die etwaigen Wittwen derselben bestimmte jährliche Leibrenten zu zahlen [8]).

Eichhorn a. a. O. Note i. — Bloße Säumigkeit in der Erfüllung der Rentenverpflichtung kann dagegen nicht als Aufhebungsgrund angesehen werden. Anders in Preußen, s. Bornemann S. 138.

5) Ueber die außerdem nach Particularrechten noch verwirkte Buße s. Bornemann S. 137.

6) Pfeiffer in der Zeitschrift f. deutsch. Recht Bd. 9 S. 440 flg. und pract. Ausführ. Bd. 8 S. 222 flg.

7) Nur die Ehemänner, nicht die Wittwen sind Theilnehmer der Corporation; für die rückständigen Beiträge haften daher auch nicht die Wittwen als solche, sondern nur die Erben der Ehemänner.

8) Die von Pfeiffer a. a. O. der Zeitschr. f. deutsch. R. S. 464 angegebenen Unterschiede vom Leibrentenvertrage sind juristisch irrelevant. Die Idee der Assecuranz, welche in der Wittwenversorgung ruht, hat ebenfalls kein juristisch hervortretendes Moment. Nennt man doch jetzt häufig den Erwerb irgend einer Art von Leibrente eine „Rentenversicherung.“

Mit dem Tode des betheiligten Ehemanns tritt die Wittwe nach unzweifelhaftem Gewohnheitsrechte[9]) mit selbstständigem Klagerechte der Wittwencasse gegenüber in das gewöhnliche Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner.

V. Spiel und Wette[1]).

§. 193

Beim Spielvertrag knüpfen die Parteien Gewinn oder Verlust an den vom Zufall oder von der Geschicklichkeit oder von Beidem zugleich abhängigen Ausfall einer in dieser Absicht vorgenommenen Thätigkeit[2]). Die Unterscheidung des

---

9) Ohne dieses, ganz unbestreitbare Gewohnheitsrecht würde sich die selbstständige Berechtigung der Wittwe nur auf den Nachweis eines etwaigen Repräsentationsverhältnisses des Mannes zur Frau stützen können. Mit Recht nimmt auch Staudinger die Rechtslehre von der Lebensversicherung 1858 S. 158 ganz allgemein den Satz an, daß bei Assecuranzen und Rentengeschäften die Rechtsgültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter als allgemeines Gewohnheitsrecht bestehe. Lebensversicherungs- und Renten-Anstalten werden recht eigentlich unter dieser Voraussetzung begründet und in der nach dieser Richtung gehenden Wirksamkeit allgemein anerkannt.

1) Das Zusammenfassen von Spiel und Wette, Leibrentenvertrag, Assecuranz und ähnlichen Geschäften unter die gemeinschaftliche Rubrik „aleatorische Verträge" ist neuerdings getadelt worden, weil das Wagen, oder Stellen auf Gewinn und Verlust, oder das Abhängigmachen vom Zufall eine auch bei allen übrigen Verträgen mögliche Modification sei. S. Wilda Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 8 S. 205 flg. Puchta Pandecten §. 258 Note i. Nur ist dem Spiel und der Wette eigenthümlich, daß das Wagen hier den alleinigen Charakter des Geschäfts ausmacht, weshalb sie als selbstständige Verträge, wenn auch nicht als die einzigen ihrer Art, unter den einzelnen Obligationen darzustellen sind. S. v. d. Pfordten Abhandlungen (1840) S. 327 flg.

2) Von wem diese Thätigkeit vorzunehmen sei, ob von den Parteien oder Dritten, ist gleichgültig. Nur muß sie eine bestimmte zur Hervorbringung des im Spielvertrage berücksichtigten Erfolgs geeignete

deutschen Rechts von erlaubten, d. h. nur zur Unterhaltung und unerlaubten, d. h. in gewinnsüchtiger Absicht angestellten Spielen hat keine civilistische, sondern lediglich eine polizeirechtliche Wirkung[3]). Dem vielfach bezeugten deutschen

---

und deshalb verabredetermaßen vorgenommene Thätigkeit sein. So Thöl Verkehr mit Staatspapieren S. 257. A. M. ist v. d. Pfordten a. a. O. S. 330 und besonders Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 209. Vangerow Pandecten III S. 496 flg. Diese letzteren Schriftsteller suchen einen tieferen Unterschied zwischen Spiel und Wette, als den, daß das erstere eine Thätigkeit, das letztere keine solche voraussetze, weil sich durch diese factisch oft ganz geringfügigen Unterschiede die große juristische Verschiedenheit beider Geschäfte nicht erklären lasse. Sie setzen das unterscheidende Kriterium in die Absicht der Parteien, welche beim Spiel immer auf Gewinn, bei der Wette nur auf Bewährung der Richtigkeit einer aufgestellten Behauptung gerichtet sei. Hiernach entscheide die äußere Form des Geschäftes gar Nichts, sondern es komme auf eine Prüfung der in dem gesammten factischen Zusammenhange ausgesprochenen Intention der Parteien an. Zwar ist diese Charakteristik der Wette ganz richtig, aber die des Spiels ist es gewiß nicht, und sowohl der im Volke lebenden Anschauung als dem Rechte fremd. Es wird hier allgemein übersehen, daß Spiel und Wette gar keine logischen Gegensätze der Art sind, daß in ihnen alle Möglichkeiten solcher Geschäfte erschöpft werden, deren ausschließlicher Inhalt ein Setzen auf Gewinn und Verlust ist; sie sind vielmehr einzelne Arten des bedingten Vertrags, der keineswegs nur Spiel und Wette umfaßt, sondern in noch andern Formen (vgl. §. 179, 6) zur Anwendung kommen kann. Indem namentlich Wilda dieß verkennt, versucht er, alle möglichen ähnlichen Geschäfte unter irgend eine dieser beiden Rubriken zu bringen, und endigt dann natürlich mit einer ziemlichen Abschwächung und Generalisirung des specifischen Inhalts derselben. Auch Thöl, der das Spiel sonst so richtig beurtheilt, verkennt dieß, indem er a. a. O. S. 270 Note 63 durch eine bloße Negation des Kriteriums des Spiels, der Thätigkeit der Parteien, das Kriterium der Wette finden will. Das Richtige ist, daß der Charakter der Wette etwas gegen den Charakter des Spiels ganz Ungleichartiges, Verschiedenes ist, bei dem es auf das Dasein einer Thätigkeit oder das Nichtdasein einer solchen gar nicht ankommt; daher ist nicht jede sponsio eine Wette, bloß weil sie kein Spiel ist. Nur das genus ist beiden Geschäften gemeinschaftlich.

3) Diese Unterscheidung, welche sich zuerst in der städtischen Gesetz-

Rechtsbewußtsein entspricht die Aufstellung des Grundsatzes, daß zwar die Rückforderung bezahlter Spielschulden unzuläsſig[4]), dagegen aber auch die Klage auf Zahlung noch nicht berichtigter Spielschulden ausgeschlossen sei[5]). Die Particularrechte enthalten jedoch diesen Grundsatz nicht immer in dieser Reinheit[6]).

Es giebt einige Spiele, bei denen die Erlaubniß derselben durch die Staatsgewalt ausnahmsweise zugleich die Gewährung einer Klage auf den Gewinn ausspricht. Dahin gehört 1) die vom Staate genehmigte Lotterie[7]). Der Unternehmer verkauft Loose[8]) und läßt sie nach den Bestim-

---

gebung des Mittelalters ausbildete, hat man in höchst gezwungener Weise der justinianeischen Gesetzgebung anfügen wollen, welche dann freilich lächerlich genug modernisirt werden mußte, z. B. in der Unterscheidung zwischen Glücks- und Kunstspielen, denen noch das Räthsel der gemischten Spiele angereiht wurde. S. Wilda Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 2 S. 177. — Die obige Unterscheidung ist nach der Ansicht Mancher allerdings auch privatrechtlich von Bedeutung, nämlich nach der Meinung, daß bei unerlaubten Spielen der ausgezahlte Verlust zurückgefordert werden kann; nicht aber ist dieß der Fall, wenn man als Wirkung des unerlaubten Spiels nur eine polizeiliche Confiscation des Gewinns annimmt.

4) Wilda a. a. O. S. 180 flg.

5) Die Beweise s. bei Wilda S. 185 flg., z. B. Glosse z. Sachsensp. III, 6, Vermehrter Sachsensp. IV, 36, 9, Göttinger Statuten bei Pufendorf observ. 3, 192, Reuterbestallung v. 1570 §. 211, Magdeburger Polizeiordnung 54 §. 3 u. s. w. Alle diese Stellen gehen darauf aus, das Spielen auf Borg zu verbieten, wobei sogar oft dem, welcher ein Darlehn zum Zweck des Spiels gegeben, die Klage versagt ist.

6) So neigt sich der romanisirenden Ansicht zu der Cod. Maxim. Bavar. T. IV Cap. 12 §. 5 (Kreitmayr Anmerk. Th. 4 S. 1695). Vollkommen übereinstimmend mit obiger Theorie ist dagegen das Pr. Landr. I, 11 §. 577 u. 578 und das Oesterr. Gesetzb. Art. 1271 u. 1272.

7) Sowohl das Lotto, d. h. die Zahlen-, als die Classenlotterie. S. Bender die Lotterie (Heidelb. 1832) S. 18 flg.

8) Der Kauf des Looses ist eine gewöhnliche emtio spei, für welche

mungen eines bekannt gemachten Lotterieplans ziehen. Den bei der Ziehung sich ergebenden Gewinn klagt der Spieler, auf dessen Loos er fällt[9]), von der Direction oder nach Umständen von dem Collecteur ein, von dem er sein Loos erhielt[10]). 2) Das Ausspielgeschäft. Es verkauft[11]) Jemand einen Gegenstand an eine Gesammtheit von Contrahenten[12]), von denen Jeder durch Bezahlung eines Looses in die Gemeinschaft eintritt, mit der Bestimmung, daß die verkaufte Sache zum alleinigen Eigenthume an Denjenigen fallen solle, der in einem vorzunehmenden Spiele der Gesellschaft Sieger bleibt. Hat der Verkäufer in dem bekannt zu machenden Ausspielplane nichts Anderes bestimmt, so ist er verpflichtet, selbst bei noch so geringem Absatze der Loose das Spiel am bestimmten Termine vorzunehmen.

---

das Loos nur eine Beweisurkunde giebt; der gänzliche oder theilweise Verlust des Kaufpreises begränzt den Spielverlust des Einsetzers. — Die Loose werden theils durch Collecteure verkauft, welche dieselben entweder als bloße Mandatare der Direction, oder nach den Bedingungen des Tröbelvertrags verkaufen. Hagemann pract. Erörterungen V. S. 131 flg.

9) Jeder Inhaber des Looses ist in der Regel zur Klage auf den Gewinn legitimirt. Die Frage, wann das Eigenthum am Loose erworben wird, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Ueber die stillschweigende Creditirung des Kaufpreises s. Hagemann a. a. O. S. 136.

10) Dieß wiederholt sich in der Regel bei jeder Classe; der Kauf eines Looses gilt nur für eine Classe, bei der folgenden muß das Loos erneuert werden.

11) Das vorbereitende Geschäft kann auch Schenkung sein. — Das Geschäft läßt übrigens je nach Umständen noch eine andere Auffassung zu, nämlich die eines Hoffnungskaufs jedes Einzelnen. So Lange die Rechtstheorie vom Ausspielgeschäft 1818.

12) Wenn der auszuspielende Gegenstand der Gesellschaft vom Anfang an selbst zugehörte, so liegt ein bloßer Spielvertrag über die von jedem Gesellschafter an den Sieger abzutretenden Antheile vor.

§. 194.

Wette [1]) ist die Uebereinkunft, nach welcher sich die Parteien im Interesse der Bewährung ihrer Ansichten bei einem Meinungsstreit verpflichten, daß Derjenige, dessen Behauptung sich als unrichtig erweist, Etwas verwirkt haben solle [2]). Solche Wetten sind gestattet und mit rechtlicher Wirkung versehen [3]), wenn sie im Ernst angestellt und nicht in sich unsittlich sind [4]), was aber nicht schon dann angenommen werden kann, wenn ein Contrahent von der Richtigkeit

---

1) Die schon im vor. §. Not. 2 gerügte Unrichtigkeit in der Auffassung des Verhältnisses von Spiel und Wette hat auch hier mannigfache Irrthümer hervorgerufen: 1) der Unterschied zwischen Spiel und Wette liege bloß in dem nur bei jenem Statt findenden Erforderniß der Thätigkeit; 2) der Unterschied liege nur in der Absicht der Parteien; werde daher gewettet, bloß um zu gewinnen, so gehe die Wette in ein Spiel über (Vangerow u. Wilda a. a. O.). Dieß ist aber unrichtig, indem auch bei der Wette eine gewinnsüchtige Absicht vorhanden sein kann, und abgesehen davon ein bedingter Vertrag mit Setzen auf Verlust und Gewinn nicht schon deshalb ein Spiel wird, weil er keine Wette ist und umgekehrt, sondern wie das Differenzgeschäft etwas ganz Anderes sein kann; daher ist es auch unrichtig, Wetten über Spiele ganz allgemein als Spiel zu betrachten und klaglos zu machen (was nur unter besonderen Voraussetzungen gerechtfertigt wäre); 3) zwischen Spiel und Wette sei gar kein Unterschied (Puchta Pandecten §. 258), womit freilich das Preuß. Landr. I, 11 §. 579 und das Oesterr. Gesetzb. Art. 1271 insofern übereinstimmen, als sie die Wirkungen beider Geschäfte gleichstellen.

2) Wem das Verwirkte (die Conventionalstrafe) zugedacht werde, ist gleichgültig, nur müssen sich beide Parteien für den Fall der Unrichtigkeit ihrer Behauptungen zu einer Leistung verpflichten.

3) Schon im römischen Rechte (z. B. l. 17 §. ult. D. de praescr. verbis (19, 5). Wilda Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 8 S. 215 flg. A. A. Walter d. Pr.-R. 374, aber ohne genügende Begründung.

4) Wilda S. 218 und 228.

seiner Behauptung Gewißheit hatte [5]), oder wenn die Wettsumme übermäßig groß ist [6]).

VI. Die Handelsgesellschaften.

Allgemeines.

§. 195.

Handelsgesellschaften [1]), d. h. Vereinigungen Mehrerer zum gemeinsamen Betriebe von Handelsgeschäften, kommen mit sehr verschiedenartiger Organisation und rechtlicher Beschaffenheit vor. Sie können so geartet sein [2]), daß die Ge-

---

5) Wilda S. 233. (Anders das Pr. Landr. a. a. O. §. 580 und das Oesterr. Gesetzb. Art. 1270.) Verschieden davon ist natürlich der Fall, wenn die wahre Sachlage dolos verheimlicht wird.

6) Das Moderationsrecht, das Manche (Wilda S. 230) in diesem Falle dem Richter gewähren, hat keinen positiven Grund im gemeinen Rechte.

1) K. G. Treitschke die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen nach römischem Rechte mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 1844. Auerbach das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirthschaftlicher Hinsicht unter bes. Berücksichtigung des a. D. H.-G.-B. 1861. Vogt in Goldschmidt's Zeitschr. für das ges. Handelsrecht I S. 477. Ladenburg das. I S. 132 flg. Rösler das. Bd. 4 S. 252 flg. Kuntze das. Bd. 6 S. 177 flg. Ladenburg im Archiv für Wechselr. u. Handelsr. Bd. 10 S. 227 flg. Schmid im Archiv für civ. Pr. Bd. 36 S. 147 flg. Thöl Handelsr. §. 34 flg.

2) Die nachfolgende Classificirung beruht auf den Bestimmungen des D. H.-G.-B. im 2. u. 3. Buche, nur daß hier die stille Gesellschaft in den Kreis der Handelsgesellschaften aufgenommen worden ist, während sie das D. H.-G.-B. davon trennt und in ein besonderes Buch verweist. Dieses Verfahren, welches zuletzt nur noch auf dem äußeren Grunde beruhte, daß der Terminologie einzelner Particulargesetze nicht präjudicirt werden sollte, ist für eine wissenschaftliche Darstellung nicht maßgebend; eine solche braucht die stille Gesellschaft sowohl nach geschichtlicher als systematischer Betrachtung als ein unentbehrliches Verbindungsglied zwischen offener und Actien-Gesellschaft. — Ueber die ganz eigenthümlichen Verhältnisse der Rhederei, d. h. der unter mehreren Mitrhedern bestehen-

sellschafter mit voller persönlicher Haftung einstehen, und zwar entweder unbeschränkt (offene Handelsgesellschaft), oder nur bis auf einen gewissen Betrag (Commanditgesellschaft); oder so, daß einer oder mehrere Gesellschafter sich an dem Geschäftsbetriebe eines Kaufmanns nur mit einer Einlage betheiligen und nach Außen gar nicht persönlich haften (stille Gesellschaft); oder so, daß kein Gesellschafter persönlich, sondern alle nur mit bestimmten Beträgen haften, welche zusammen einen organisirten Handelsfond bilden (Actiengesellschaft); oder endlich so, daß eine Actiengesellschaft mit einem oder mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern als Commanditistin in Verbindung tritt (Commanditgesellschaft auf Actien). Keine Handelsgesellschaft aber ist die bloß vorübergehende Vereinigung Mehrerer zu einzelnen Gewinngeschäften [3]).

Jede dieser Handelsgesellschaften hat ihre Eigenthümlichkeiten und ist ein selbstständiges Rechtsinstitut. Gemeinschaftliche Rechtssätze, welche die ganze rechtliche Natur derselben bestimmen, giebt es nicht [4]). Insbesondere ist die Meinung

---

den Gesellschaft, sowie über ihren Vertreter (Correspondentrheder) vergl. das D. H.-G.-B. Art. 456—477. Diese Gesellschaft nähert sich den Actiengesellschaften dadurch, daß der Antheil an Gewinn und Verlust nach Schiffsparten bestimmt wird, daß in der Regel eine (nach der Größe der Schiffsparten zu bestimmende) Majorität entscheidet, daß der Austritt durch Preisgebung (Art. 468) oder Veräußerung der Schiffspart zulässig ist. Sie ist aber keineswegs den Actiengesellschaften wirklich gleich, indem nicht immer eine bloße Haftung mit Schiff und Fracht, sondern bisweilen auch eine persönliche, obschon nicht solidarische Haftung eintritt (Art. 474).

3) Einige darauf bezügliche Bestimmungen enthält das H.-G.-B. Art. 266—270.

4) Der Preußische Entwurf, welcher dem H.-G.-B. zu Grunde liegt, hatte in seinen Art. 85—90 eine ganze Reihe solcher Sätze. Diese sind aber sammt dem unrichtigen Principe, das sie beherrschte, verworfen worden.

zu verwerfen, welche allen Handelsgesellschaften im offenen Widerspruche mit ihrer ganzen rechtlichen Anlage und thatsächlichen Wirksamkeit das Princip der juristischen Person aufdrängen will [5]).

---

5) Die Handelsgesellschaften sind ihrer ganzen juristischen und ökonomischen Natur nach Societäten. Der Einigungsgrund ist immer das individuelle persönliche Interesse der Betheiligten, nicht das allgemeinere und unabhängigere Interesse, das zu einer mit juristischer Persönlichkeit bekleideten Anstalt drängt, — Gegensätze, die freilich nicht allein und auch nicht immer über die Competenzgränzen von Societät und juristischer Person entscheiden, aber doch ein dabei sehr bedeutendes Moment aussprechen. Nur bei den Actiengesellschaften kann eine theilweise Verwendung des Princips der juristischen Person nicht entbehrt werden. Namentlich aber ist die offene Gesellschaft (bei dem geringen Genossenschaftselemente in der stillen Gesellschaft kann ohnedem vernünftiger Weise nicht von juristischer Person die Rede sein) ihrer ganzen Anlage nach ein so charakteristisches Beispiel des Societätsgedankens — Festhaltung der individuellen Geltung der Mitglieder in der vertragsmäßigen Einigung —, daß die Einzwängung derselben in den Mechanismus der jurist. Pers. eine völlige Verunstaltung ihres Thatbestandes und eine unverantwortliche Verkürzung des Rechtsstoffs um eins seiner lebensvollsten Institute sein würde. Es ist hier freilich nicht gerade nur die römische Societät gemeint; es giebt einen Grundgedanken dieses Instituts, der nicht durch das Festhalten an allen Sätzen des römischen Rechts über Societäten bedingt ist. Und in der That hat das Institut, ohne sein Grundprincip zu verlieren, im neueren europäischen Rechte sehr bedeutende Modificationen erfahren, z. B. die Anerkennung der Möglichkeit des Ausschlusses der Theilungsklage, der Fortdauer des Verhältnisses trotz eines theilweisen Wechsels der Personen, der Geltung von Majoritätsbeschlüssen u. s. w. Es sind dieß Eigenthümlichkeiten, welche zum Theil auf einer Verschiedenheit des modernen Gesellschaftsverkehrs (Hervortreten der Bedeutung des Gemeinschaftscapitals) gegenüber dem der antiken Welt (Gesellschaften unter wenigen nur in Rücksicht auf ihre Individualität gewählten Personen) beruhen. — Der Hauptgrund, aus welchem der Preußische Entwurf die allgemeine Einfügung der H.=G. in den Rahmen der juristischen Personen nach dem Vorgange der französischen Jurisprudenz verlangt, war die gewünschte Unabhängigstellung des Handelsfonds gegen Eingriffe der Privatgläubiger, insbesondere ein Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger im Concurs; einige dieser Sätze

In Bezug auf die rechtlichen Formen des Handelsbetriebs überhaupt unterstellt das D. H.-G.-B. die Handelsgesellschaften den über Kaufleute gegebenen Vorschriften [6]). Namentlich gilt auch für sie der Satz, daß jeder Kaufmann eine Firma haben soll. Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß, wenn sie nicht die Namen aller Gesellschafter umfaßt, wenigstens den Namen eines Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältniß andeutenden Zusatze enthalten; die Firma einer Commanditgesellschaft (auch der Commanditgesellschaft auf Actien) muß den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältniß andeutenden Zusatze führen [7]); die stille Gesellschaft hat keine Gesellschaftsfirma, sondern nur die Firma des Handelsgewerbsinhabers; die Firma einer Actiengesellschaft soll in der Regel [8]) von dem Gegenstande ihres Unternehmens entlehnt sein und keine Namen von Gesellschaftern oder andern Personen enthalten.

1) Die offene Handelsgesellschaft.

§. 196.

Es vereinigen sich Mehrere in der Weise zum gemein-

---

hat nun auch das H.-G.-B. aufgenommen, aber sie sind nun nicht als Consequenzen des (überdieß ausdrücklich verworfenen) Princips der juristischen Person, sondern als selbstständige aus materiellen Gründen legislatorisch festgestellte Bestimmungen zu betrachten. — Die geschichtliche Ausbildung der Lehre von den Handelsgesellschaften weist übrigens auf die handelsrechtliche Praxis und Literatur Italiens seit dem Mittelalter hin.

6) H.-G.-B. Art. 5. 17. 18. 251.

7) H.-G.-B. Art. 168 und 257 ist bestimmt, daß der Commanditist oder stille Gesellschafter, dessen Name in die Firma aufgenommen ist, persönlich und solidarisch haftet.

8) Das „in der Regel“ soll bedeuten, daß auch Firmen wie „Phönix“, „Providentia“ u. s. w. zulässig sind.

samen Handelsbetriebe, daß sie Alle mit voller und unbeschränkter persönlicher Haftung für die unter der Gesellschaftsfirma gemachten Geschäfte einstehen wollen. Zur Errichtung einer solchen Gesellschaft bedarf es keines schriftlichen Vertrags, und es beginnt ihre rechtliche Wirksamkeit schon mit dem Augenblicke der thatsächlichen Eröffnung ihres Geschäftsbetriebs. Aber bei Ordnungsstrafe haben die Gesellschafter die Errichtung der Gesellschaft, die Namen der Mitglieder, die Firma, die Zeit des Beginns der Gesellschaft und die etwaige Vereinbarung, daß nur einer oder einige (und welche?) der Theilnehmer zur Vertretung befugt sein, oder daß diese nur in Gemeinschaft geschehen solle, beim Handelsgerichte behufs Eintragung in das Handelsregister anzumelden [1]).

Jeder Gesellschafter [2]), dem das Recht der Gesellschaftsvertretung nicht ausdrücklich entzogen ist, darf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vornehmen, insbesondere ist er auch ermächtigt, sie vor Gericht zu vertreten und die ihr gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten [3]). Eine Beschränkung des Umfangs dieser Vertretungsbefugniß hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung. Die Form, in welcher die Geschäfte der Gesellschaft in einer alle Mitglieder verpflichtenden Weise geführt

1) H.=G.=B. Art. 85—89. 110.

2) H.=G.=B. Art. 114. Dieser Satz wiederholt den schon früher bestandenen Handelsgebrauch, nach welchem unter den Gesellschaftern eine stillschweigende gegenseitige praepositio institoria angenommen wurde. Thöl §. 38, 6.

3) H.=G.=B. Art. 114—117. Durch diese Bestimmungen ist demnach festgestellt, daß Dritten gegenüber der materielle Inhalt der Vollmacht eines Gesellschafters völlig unbeschränkt und zugleich unbeschränkbar ist. Selbstverständlich ist, daß die Vollmacht den Mitgesellschaftern gegenüber beschränkt sein kann, so daß der sie überschreitende Gesellschafter diesen gegenüber haftbar wird.

werden, ist die des Verhandelns unter der Gesellschaftsfirma[4]). Jeder Gesellschafter haftet aus den für die Gesellschaft rechtsgültig geschlossenen Geschäften solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen[5]), und es soll sich diese Haftung immer auch auf die vor dem Eintritt des einzelnen Gesellschafters begründeten Verbindlichkeiten beziehen[6]).

Für das innere Verhältniß der Gesellschafter gelten ins-

---

4) Indem ein Gesellschafter die Firma gebraucht, spricht er aus, daß er für sich und seine Mitgesellschafter nach Maßgabe des Gesellschaftsverhältnisses handle; der Gebrauch der Firma ist eine Breviloquenz und das H.-G.-B. Art. 111 gestattet resp. fordert diese. Wenn also z. B. die Gesellschaft klagend oder verklagt vor Gericht auftreten soll, wenn ihr Grundeigenthum oder eine Hypothek zugeschrieben werden soll, so genügt die Vertretung eines einzigen Gesellschafters mittelst Gebrauchs der Firma, oder die Einzeichnung der Firma ins Grund- bez. Hypothekenbuch (als eines durch das Handelsregister zu ergänzenden Referens). „Der Nennung der einzelnen Gesellschafter bedarf es erst dann, wenn dieselbe praktisch wird" (Thöl a. a. O. S. 236). Dieß allein ist der Sinn des Art. 111 nach Absicht seines Antragstellers wie der ihn annehmenden Conferenz in Nürnberg. Keineswegs aber sollte dieser Artikel etwa die Firma zu einer selbstständigen, einer juristischen Person machen. — Uebrigens kann das Contrahiren im Namen der Gesellschaft auch unter stillschweigender Bezugnahme auf die Firma geschehen, Art. 114, 2.

5) Dieser Satz konnte schon vor dem D. H.-G.-B. als ein allgemeiner Satz des Handelsrechts betrachtet werden und wurde auch in den bedeutendsten Handelsgesetzen ausdrücklich ausgesprochen (Thöl §. 38, 3). Die wissenschaftliche Begründung desselben wurde auf die Principien des römischen Rechts über die Wirkung der hier regelmäßigen institorischen Vertretung gestützt (Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 6 S. 209 denkt mit Stobbe deutsch. Vertragsr. S. 149 und Anderen an die „gesammte Hand" des deutschen Mittelalters). Er ist die Hauptstütze des Credits der offenen Handelsgesellschaften.

6) H.-G.-B. Art. 113. Dieser Satz, der sich weder überhaupt noch in dieser Strenge von selbst verstehen würde, ist durch das H.-G.-B. im Interesse des Publicums, dem die Unterscheidung der alten und neuen Schulden nicht zugemuthet werden kann, aufgenommen worden.

besondere[7]), sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes bestimmt, folgende Rechtssätze. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, in Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. — Ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter darf er in dem Handelszweige der Gesellschaft weder für eigene, noch für eines Dritten Rechnung Geschäfte machen, auch sich nicht an einer gleichartigen Handelsgesellschaft betheiligen[8]). — Ein Gesellschafter, der überhaupt zur Geschäftsführung befugt ist, darf, so lange kein anderer Gesellschafter widerspricht, alle diejenigen Geschäfte vornehmen, welche der Handelsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt; bei Unternehmungen dagegen, welche über den gewöhnlichen Handelsbetrieb hinausgehen, oder dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind, muß ein Beschluß der Gesellschaft, d. h. die Zustimmung aller einzelnen Gesellschafter eingeholt werden[9]). — Bezüglich der Gewinnvertheilung gelten folgende Vorschriften: am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs werden dem Gesellschaftsantheile jedes Mitglieds zunächst vier vom Hundert hinzugeschrieben[10]), und wenn aus den Erträgnissen des

---

7) Das H.=G.=B. Art. 90—109 hat außer den hier genannten Sätzen noch eine Reihe anderer, welche hier nicht ausdrücklich hervorzuheben sind.

8) S. darüber und über das Präjudiz Art. 96. 97.

9) H.=G.=B. Art. 100—103. Im regelmäßigen Gange eines gesellschaftlich betriebenen Unternehmens wird von förmlichen Beschlüssen nur selten die Rede sein, indem gemäß des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses alle Fragen eine einfachere Lösung finden werden. Ist dagegen ein Beschluß nothwendig, so muß er einstimmig gefaßt sein; dieß entspricht dem Grundprincip des Societätsverhältnisses, welches hier zu verlassen bei der Solidarhaft des Einzelnen und aus nahe liegenden weiteren Gründen nicht der geringste Grund obwaltet. S. die Ausführung in den Protokollen 1. Bd. S. 197 flg.

10) Art. 106 nennt dieß zwar in Uebereinstimmung mit dem kauf=

Jahrs nicht nur diese Procente bestritten werden können, sondern auch noch mehr übrig bleibt, so ist Gewinn, im anderen Falle Verlust vorhanden; Gewinn und Verlust werden nach Köpfen vertheilt [11]). — Kein Gesellschafter darf ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter seinen Antheil am Geschäftsvermögen verringern [12]).

Das für die Gesellschaftszwecke bestimmte Vermögen soll diesem nicht willkürlich durch Preisgebung an die Privatinteressen der Gesellschafter entzogen werden können [13]). Daher soll der Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht befugt sein, zu seiner Sicherstellung oder Befriedigung die im Gesellschaftsvermögen befindlichen Güter des Schuldners in Anspruch zu nehmen, vielmehr soll er sich nur an die Zinsen und Gewinnantheile, sowie an das demselben bei der schließlichen Auseinandersetzung Zufallende halten können [14]). Daher soll ferner ein Gesellschaftsschuldner nicht mit einer gegen einen Gesellschafter ihm zustehenden Privatforderung compensiren können.

---

männischen Sprachgebrauche „Zinsen"; es sind aber in Wahrheit keine Zinsen, der Gesellschaftsantheil ist kein der Gesellschaft dargeliehenes Capital, sondern es sind Eigenthumsfrüchte.

11) Art. 106. 107. 109. Diese der kaufmännischen Uebung entsprechende Anordnung löst in sinnreicher Weise die sonst schwierige Frage der Bemessung des Verhältnisses des Capital- und Arbeitsverdienstes.

12) Die Ausnahme s. in Art. 108.

13) Diese, nach dem bisherigen Rechte schwerlich zu begründenden Bestimmungen (Thöl a. a. O. §. 38), wie sie in den Art. 119—129 enthalten sind, beruhen auf der Erwägung, daß ohne sie ein gedeihlicher Fortgang des Gesellschaftsbetriebs nicht zu erwarten sei, indem das gemeinsame Vermögen nur zu oft in die Privatverhältnisse der einzelnen Gesellschafter verwickelt werde. Nur dieß, entfernt nicht der Gedanke an eine juristische Person, war der Grund obiger Sätze. Bei dem Separationsrechte im Concurse herrschte noch außerdem der Gedanke an den Vortheil eines „glatten" Concurses vor.

14) Ein Gegengewicht giebt der Art. 126, wonach der Gläubiger die Ausscheidung des Gesellschafters fordern kann.

Endlich liegt in der Consequenz dieser Auffassung auch der Satz, daß im Falle des Concurses sämmtlicher Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern ein Separationsrecht bezüglich des Gesellschaftsvermögens gestattet wird, so jedoch, daß sie sich nur wegen des Ausfalls noch an das Privatvermögen halten können.

Die Gesellschaft wird aufgelöst durch Eröffnung des Concurses über die Gesellschaft, durch den Tod eines Gesellschafters (sofern nicht die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vertragsmäßig bestimmt ist), durch Concurs eines Gesellschafters oder Eintritt seiner rechtlichen Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung, durch gegenseitige Uebereinkunft, Zeitablauf und Aufkündigung [15]). Uebrigens ist die Vertragsbestimmung, daß die Gesellschaft beim Austritt eines oder mehrerer Mitglieder unter den übrigen fortbestehen solle, zulässig; aus erheblichen Gründen dürfen sogar die Gesellschafter auf Ausschließung eines Mitglieds antragen, um das Verhältniß allein fortzusetzen [16]). Die Auflösung der Gesellschaft, sowie das Ausscheiden oder die Ausschließung eines Gesellschafters muß in das Handelsregister eingetragen werden [17]). Die Klagen gegen einen Gesellschafter und Ansprüche gegen die Gesellschaft verjähren in fünf Jahren von Zeit des Austritts oder der Auflösung [18]).

---

15) Art. 123—125. Daselbst auch die Gründe der Zulässigkeit einer Aufkündigung vor Ablauf der Zeit.

16) Art. 127. 128. 131 (132). Der Ausscheidende bez. Ausgeschlossene kann seinen Antheil nur in Form einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme fordern, und die Zurückbleibenden haben den Vortheil des ungestörten Verbleibens im Etablissement und der Firma.

17) Art. 129 (ausgenommen der Fall durch Concurs). — Ueber die Liquidation, die Bestellung und Vollmacht der Liquidatoren u. s. w. handeln die Art. 133—145.

18) Art. 146—149.

2) Die Commanditgesellschaft.

§. 196b.

Es vereinigen sich Mehrere in der Art zu einer Handelsgesellschaft, daß Einer oder Einige (Commanditisten) nur bis zur Höhe bestimmter Beträge, der oder die Uebrigen aber unbeschränkt wie der Einzelkaufmann oder die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft haften wollen [1]). Die Errichtung dieser Gesellschaft muß bei Ordnungsstrafe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, und zwar muß die Anmeldung auch den Namen und Betrag der Vermögenseinlage jedes Commanditisten enthalten [2]).

Die Vertretung einer solchen Gesellschaft erfolgt allein durch die persönlich haftenden Gesellschafter [3]). Wie bei der offenen Gesellschaft, so wird auch hier in der Form des Gebrauchs der Gesellschaftsfirma gehandelt. Aber der Commanditist haftet für die hierdurch entstandenen Verbindlichkeiten, obschon solidarisch und direct, doch nur bis auf den Betrag

---

1) In dieser Ausbildung findet sich das Institut weder in der früheren Literatur noch in der früheren Gesetzgebung, sondern erstmals im D. H.-G.-B. II, 2. Der Ausgangspunct war ein anderer, nämlich die Vorschriften des Code de commerce über stille Gesellschaften, welche der Preuß. Entwurf adoptirt hatte; wie man aber allmählich zu einem ganz anderen Institute fortschritt, wird namentlich ersichtlich aus einem S. 1030—33 der Protokolle ersichtlichen Vortrage.

2) Art. 151. Der Name und Betrag wird nicht mit bekannt gemacht. — Wird die Eintragung vernachlässigt und tritt die Gesellschaft doch ins Leben, so entscheidet für den Commanditisten das Präjudiz des Art. 163, 3. Wie darin nach Thöl S. 269 ein „Todesstoß" für die Commandite liegen soll, ist nicht wohl zu begreifen, da der Commanditist genügende Wege hat, sich zu schützen.

3) Der Commanditist darf nicht einmal für die Gesellschaft Geschäfte machen, wenn er nicht riskiren will, nach Umständen wie ein persönlich haftender Gesellschafter behandelt zu werden; Art. 167, 3.

der versprochenen Einlage[4]). Die Einlage soll während des Bestehens der Gesellschaft nicht willkürlich verringert, nicht zurückgezahlt oder erlassen werden, indem andernfalls der Commanditist den Gesellschaftsgläubigern bis auf den Belauf der empfangenen oder erlassenen Beträge fortwährend haften würde. Jahresdividenden aber, welche der Commanditist in gutem Glauben auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz bezogen hat, verbleiben ihm definitiv[5]).

Bezüglich des inneren Verhältnisses der Gesellschafter gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, durch welche die Beziehungen der offenen Gesellschafter zu einander bestimmt werden. Insbesondere gleicht die Stellung des Commanditisten auch insofern der des offenen Gesellschafters, als er ebenso wie dieser wirklicher Miteigenthümer oder Mitberechtigter an dem durch die Einlage vermehrten oder gebildeten Handelsfond ist. Dagegen hat er keinen Antheil an der Geschäftsführung; er hat nur ein Recht auf Mittheilung der jährlichen Bilanz und Prüfung ihrer Richtigkeit mittelst Einsicht der Bücher und Papiere. Tod oder eingetretene Verwaltungsunfähigkeit des Commanditisten hebt die Gesellschaft nicht auf; im Uebrigen gilt bezüglich der Auflösung und Klagverjährung das schon für die offene Gesellschaft Erwähnte.

---

4) Hat der Commanditist freilich seine Einlage bereits vollständig eingezahlt, so kann er, da er ja nur bis auf den Belauf derselben einsteht, jede Klage unter Hinweisung auf diese Thatsache abwehren.

5) Vergl. über dieß Alles Art. 161, 3. 165. Darin steht also der Commanditist anders, als der offene Gesellschafter, indem jener den wirklichen Jahresgewinn regelmäßig herausnehmen darf. Correcter, aber freilich dem Bedürfnisse des Handelslebens weniger entsprechend würde es sein, wenn er nur im Behalten der richtig berechneten Dividende geschützt würde. — Auch darin unterscheidet er sich, daß er nicht gehindert ist, in dem Handelszweige auch sonstige Geschäfte zu machen. Art. 159.

3) Die stille Handelsgesellschaft [1]).

§. 197.

Es betheiligt sich Jemand (stiller Gesellschafter) nur mit einer Einlage an dem Gewinne und Verluste einer fremden Handlung, sei es eines Einzelkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft (Complementar). Er will seine vermögensrechtliche Persönlichkeit weder ganz noch beschränkt dem Gesellschaftszwecke zur Verfügung stellen; er will nicht wirklicher Miteigenthümer oder unmittelbarer Mitberechtigter am Gesellschaftsfond werden, sondern nur einen Werthbetrag in dem Unternehmen eines Anderen auf verhältnißmäßigen Gewinn und Verlust mitwirken lassen; er will Dritten gegenüber gar nicht hervortreten, die Persönlichkeit des Complementars nur materiell unterstützen [2]). Nach Außen entsteht hierdurch keine Handelsgesellschaft, sowie denn auch die Annahme einer Gesellschaftsfirma auf Grund der Betheiligung eines stillen Gesellschafters nicht zulässig ist. Nach Innen aber, d. h. in Bezug auf das Verhältniß zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Complementar ist eine wirkliche Societät vorhanden [3]). Die Errichtung einer solchen Handelsgesellschaft wird nicht in das Handelsregister eingetragen.

---

1) S. über die Geschichte des Instituts Goldschmidt de societate en commandite sp. 1 Hal. 1851. Nürnberger Reformation 18, 4. Frankfurter Reform. 33, 2. S. überhaupt Goldschmidt's Kritik des Entwurfs eines Handelsges. für die preuß. Staaten 2. Heft 1857. — D. H.-G.-B. III, 1.

2) D. H.-G.-B. Art. 251. 252.

3) Der stille Gesellschafter ist also nicht bloßer Gläubiger des Complementars, er ist ein wirklicher, obschon eigenthümlicher Gesellschafter. Die directe persönliche Vertretung jedes Gesellschafters gegen Dritte gehört nicht zum Wesen der Societät.

Der stille Gesellschafter ist verpflichtet, die bedungene Einlage an den Complementar auszuzahlen, in dessen Eigenthum sie übergeht[4]). Ihr Schicksal wird der Verwaltung des letzteren anvertraut, der aber für dolus und culpa lata einsteht[5]). Der stille Gesellschafter hat kein Recht der Mitverwaltung, sondern nur ein Recht auf Mittheilung der jährlichen Bilanz und die Befugniß, sie mittelst Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen[6]). Alljährlich wird Gewinn und Verlust berechnet; die empfangene Dividende braucht der stille Gesellschafter wegen späterer Verluste nicht wieder zurückzugeben[7]).

Nur der Complementar, nicht auch der stille Gesellschafter, wird aus den Geschäften des Handelsgewerbes berechtigt und verpflichtet[8]). Gegen Letzteren könnten die Gläubiger nicht anders als mittelst einer durch den Complementar cedirten Klage auf Ein- oder Vollzahlung der versprochenen Einlage auftreten. Dagegen können sie die Zurückzahlung der

4) Sie nimmt Theil an den Veränderungen, welche der Handelsfond im Wechsel des kaufmännischen Glücks erleidet, und bildet einen rechtlich nicht unterschiedenen Theil der letzteren. Ausgeschieden wird sie erst, wenn der stille Gesellschafter dieß fordert (es steht ihm deshalb eine condictio zu).

5) Thöl §. 41 N. 6.

6) Auch von einem Rechte, einen Rath zu ertheilen, kann trotz der Bemerkungen Thöl's §. 41 N. 5c nicht die Rede sein. — H.-G.-B. Art. 253.

7) Art. 255.

8) Nur der Complementar ist der Contrahent, und zwar handelt er in seinem Namen, nicht für den stillen Gesellschafter. — Nur dann kann von einer unmittelbaren Verhaftung des stillen Gesellschafters bis auf den Betrag der versprochenen Einlage die Rede sein, wenn den Gläubigern die Existenz dieses Verhältnisses ausdrücklich so angezeigt wurde, daß für diese ein mandatum de credendo vorliegt (Art. 260); es ist dieß ein ganz selbständiger, zum Gesellschaftsverhältniß äußerlich hinzutretender Obligationsgrund.

dem stillen Gesellschafter herausgegebenen oder erlassenen Einlage fordern, wenn der Complementar innerhalb Jahresfrist in Concurs geräth, und nicht bewiesen wird, daß dieser in später eingetretenen Umständen seinen Grund habe[9]). Der Complementar muß sich bei einer auf unbestimmte Dauer eingegangenen stillen Gesellschaft die Aufkündigung und die Herausnahme der Einlage jederzeit gefallen lassen, sofern sie nur 6 Monate vor Ablauf des Geschäftsjahrs erfolgt[10]).

4) Die Actiengesellschaft[1]).

§. 198.

Es betheiligen sich Viele an einem Handelsgewerbe[2]). Aber Keiner will persönlich haften, sondern Jeder will wie

---

9) Art. 259.

10) Art. 261—265.

1) Ueber die Geschichte der Actiengesellschaften, welche erst in den letzten Jahrzehnten in Deutschland allgemein in Uebung gekommen sind, s. Fick in Goldschm. Zeitschr. für Handelsr. Bd. 5 S. 1 flg. — Was die zahlreiche Literatur über dieses Institut betrifft, so sind zu den §. 195 N. 1 aufgeführten Schriften, welche sich größtentheils auch hierauf beziehen, noch folgende zu bemerken: Pöhls das Recht der Actienges. 1841. Marbach ein Wort über den Rechtscharakter der Actiengesellsch. 1844. Jolly in der Zeitschr. f. deutsches R. Bd. 11 S. 317 flg. — Herrmann der Rechtscharakter der Actiengesellsch. 1858. Bekker Zweckvermögen, Peculium, Handelsvermögen und Actienges. in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 4 S. 499 flg. — D. H.=G.=B. **II**, 3.

2) Actiengesellschaften können nicht bloß für Handelsgewerbe, sondern auch für andere Unternehmungen errichtet werden. Obschon das H.=G.=B. seine Bestimmungen nicht hierauf erstrecken konnte, so wird man sie doch darauf analog anwenden. — Schwierige Rechtsfragen können entstehen bezüglich der Beurtheilung derjenigen Verhältnisse, welche vor der wirklichen Existenz der Actienges., im bloßen Stadium ihrer Vorbereitung begründet werden. Indessen könnte eine Erörterung darüber nur eine casuistische sein.

der stille Gesellschafter nur eine Geldsumme auf Gewinn und Verlust in dem gemeinsamen Unternehmen mitwirken lassen. Ueber diese hinaus will er nicht einstehen; ihre Preisgebung soll die äußerste Gränze seines Verlustes bilden. Bei einer solchen Gesellschaft wird der Handelsfond in viele gleich große runde Summen zerlegt und die Theilnehmer (Actionäre) erhalten gegen Einzahlung einer solchen einen auf Namen oder auf Inhaber gestellten Actienschein [3]). Auch hier sind die Gesellschafter unmittelbar am gemeinschaftlichen Vermögen berechtigt und haben darüber in Generalversammlungen zu verfügen; da aber der Geschäftsbetrieb selbst nicht durch die Gesammtheit der Actionäre erfolgen kann, so muß für den gemeinsamen Fond, damit er handelnd auftreten könne, eine besondere Vertretung geschaffen werden. So entzieht sich der im Actienfond enthaltene Vermögenstheil des einzelnen Gesellschafters dessen individueller Willensbestimmung; er überläßt ihn unwiderruflich der Verwaltung der Gesellschaftsorgane und beschränkt sich darauf, sein Gesellschaftsrecht durch Mitwirkung in der Generalversammlung und Entgegennahme von Dividenden auszuüben. Hierdurch erhält nun der Actienfond einen selbständigen, anstaltlichen Charakter; die bloße Vorstellung einer Summe vereinigter, für Rechnung der Eigenthümer einer fremden Verwaltung unterstellter Vermögensstücke würde der Stellung desselben im Rechtsleben nicht entsprechen, vielmehr ist es nothwendig, behufs der rechtlichen Vermittlung des Er=

3) Für Actien auf Inhaber gelten eigenthümliche Sätze; insbesondere ist der Zeichner einer solchen Actie für die Einzahlung von vierzig Procent persönlich verhaftet, und die Actien dürfen nicht vor der vollständigen Einzahlung des ganzen Nominalbetrags ausgegeben werden. H.=G.=B. Art. 222. Actien auf Namen sollen mit Bezeichnung der Person des Berechtigten in ein Actienbuch eingetragen werden. Art. 223. 182. 183.

werbs von Rechten und Verbindlichkeiten ihn selbst als Rechtssubject zu behandeln. Aber das Mittel der juristischen Person, welches hiernach in die Actiengesellschaft eingefügt wird, hat nicht die Bedeutung eines das ganze Rechtsverhältniß erschöpfenden und beherrschenden Princips, sondern es ist nur ein verhältnißmäßig untergeordneter, für bestimmte Zwecke angelegter Apparat, der die Gesammtauffassung des Instituts als Gesellschaft nicht hindert[3]).

Zur Errichtung einer Actiengesellschaft ist staatliche Genehmigung und notarielle oder gerichtliche Aufnahme des Gesellschaftsvertrags erforderlich[4]). Sie entsteht aber erst durch Eintragung in das Handelsregister[5]). Die Mitglieder der

---

3) Diese Construction gewährt die Möglichkeit einer Vereinigung des unstreitig in der Actiengesellschaft liegenden gesellschaftlichen Elements mit der Rolle des Handelsfonds als selbständigen Rechtssubjects, welche im Rechtsleben nicht wohl entbehrt werden kann, und in der That auch im Rechtsbewußtsein des Volks lebt. Man muß sich hierbei nur daran erinnern, daß das Institut der juristischen Person nicht immer in einer Gestalt auftritt, sondern mannichfacher Modificationen fähig ist, — von der großen organisirten Corporation mit Selbstzweck herab bis zu der Verwerthung als bloße Kapsel, in der ein Vermögen in einer gewissen Zwecken entsprechenden Weise untergebracht wird. Ich habe dieß schon früher angedeutet in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. Neue F. Bd. 12 S. 207, und in anderer Anwendung in m. und Jhering's Jahrbb. Bd. 2 S. 365. Jetzt kann auch dafür das H.-G.-B. angeführt werden, welches im Art. 216 das Gesellschaftsprincip, und im Artikel 213 („die A. hat als solche selbständig ihre Rechte" u. s. w.) das Princip der jurist. Person ausspricht (man vergl. mit Art. 213 die ganz andere Fassung der Art. 111 und 164, um sich zu überzeugen, daß ihn Thöl S. 286 N. f. nicht richtig erklärt). Bei dieser Construction wird nur der „Vorstand" als Organ der juristischen Person betrachtet, nicht aber auch die Generalversammlung der Actionäre; diese ist vielmehr die Principalschaft, der darüber stehende Herr und Eigenthümer. Es entspricht dieß auch der Auffassung des Handelsgesetzbuchs.

4) H.-G.-B. Art. 208.

5) H.-G.-B. Art. 211. Das Gleiche gilt bezüglich der rechtli-

Gesellschaft haben nach Verhältniß ihrer Actien Antheil am Gesellschaftsvermögen, können ihn aber während des Bestehens der Gesellschaft nicht herausverlangen; ferner Anspruch auf die sich beim Jahresabschluß ergebende Dividende, welche, wenn sie in gutem Glauben empfangen wurde, nicht wieder zurückgezahlt zu werden braucht[6]). Durch Veräußerung der Actie kann der Actionär aus dem Verein jederzeit ausscheiden, nur bleibt er bei Inhaber-Actien auf den Betrag von vierzig Procent des Nominalbetrags, bei Actien auf Namen für den ganzen Rückstand verhaftet, wenn er nicht durch die Gesellschaft hiervon befreit wird[7]). Ihre gesellschaftlichen Befugnisse üben die Actionäre in der Generalversammlung aus; die Beschlüsse derselben werden in der Regel nach Majorität gefaßt, und im Zweifel giebt jede Actie eine Stimme[8]). Auch können sie zur regelmäßigen Ueberwachung der Geschäftsführung einen Aufsichtsrath bestellen[9]).

Der Actienfond ist eine juristische Person. Er wird ver-

---

chen Wirksamkeit eines den Gesellschaftsvertrag abändernden Beschlusses, Art. 214.

6) Art. 216. 218. Nur wirklicher Gewinn, der sich bei der jährlichen Bilanz herausstellt, soll ausgezahlt werden, keine s. g. Zinsen von bestimmter Höhe. Art. 217.

7) Aber auch dann haftet er noch ein Jahr lang subsidiär. Art. 223. Ueber die Form der Uebertragung s. Art. 182. 183. Ueber Inhaber-Actien s. Art. 222.

8) Die Generalversammlung wird durch den Vorstand a) als ordentliche, d. h. im Gesellschaftsvertrag vorher bestimmte, b) als außerordentliche kraft Beschlusses der Generalversammlung oder Antrags einer bestimmten Anzahl von Actionären, oder im Falle des Art. 240 berufen. Sie kann auch durch den Aufsichtsrath zusammengerufen werden. Art. 224. 225. 236—238. Ueber die Bekanntmachung der Tagesordnung, Gültigkeit der Beschlüsse u. s. w. Art. 238. Ueber das Majoritätsprincip Art. 209 Nr. 10 (Ausnahmen z. B. Art. 215).

9) Art. 225. 226.

treten durch einen von der Gesellschaft bestellten **Vorstand**[10]). Dieser handelt im Namen der Gesellschaft und zeichnet unter ihrer Firma. Alle von ihm in dieser Weise abgeschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten den Gesellschaftsfond[11]), der zum Nachtheil der Gläubiger nicht willkürlich vermindert werden darf[12]). Dritten gegenüber ist die Vollmacht des Vorstands unbeschränkt und unbeschränkbar[13]). Die Mitglieder des Vorstands müssen in das Handelsregister eingetragen werden[14]).

Die Gesellschafter können die Auflösung der Actiengesellschaft beschließen. Ein solcher Beschluß muß gerichtlich oder notariell beurkundet und in das Handelsregister eingetragen werden. Andere Auflösungsgründe sind insbesondere die Eröffnung des Concurses und die Verfügung der Verwaltungsbehörde[15]). Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Mitglieder nach Verhältniß ihrer Actien vertheilt[16]).

---

10) Ueber die Verpflichtungen des Vorstands zu gehöriger Geschäftsführung, Buchführung, Jahresbilanz, Einhaltung der gegebenen Instructionen u. s. w. entscheidet der Gesellschaftsvertrag und Art. 239—241. Ihm gebührt auch die gerichtliche Vertretung; er schwört die Eide. Uebrigens können auch andere Beamte der Gesellschaft mit der Vertretung beauftragt werden, Art. 234.

11) Art. 229. 230.

12) Art. 216, 2. 217. 241. 248.

13) Art. 231.

14) Art. 228.

15) In dem Falle von Art. 240. Inwieweit sonst der Staatsgewalt kraft ihres jus eminens die Befugniß der Auflösung einer Actienges. zustehe, ist eine Frage des Staatsrechts.

16) S. über dieß Alles Art. 242—246. Die Auflösung soll zu drei verschiedenen Malen in öffentlichen Blättern bekannt gemacht werden, und die Auszahlung des Vermögens an die Actionäre erst ein Jahr nach der letzten Bekanntmachung erfolgen.

5) Die Commanditgesellschaft auf Actien[1]).

§. 198b.

Das Gesellschaftscapital ist in Actien vertheilt, aber einer oder mehrere Gesellschafter haften auch noch persönlich mit ihrem ganzen Vermögen. Das D. H.=G.=B. faßt die Letzteren als Complementare und die Gesellschaft der Actionäre als Commanditistin auf, und überträgt daher auf dieses Verhältniß eine Reihe der über die Commanditgesellschaft gegebenen Bestimmungen. Die thatsächlichen Verhältnisse aber können unter Umständen zu der Auffassung nöthigen, daß in Wahrheit eine Actiengesellschaft vorliegt, modificirt durch das Vorhandensein eines Vorstandes mit persönlicher solidarischer Haftung.

Die Errichtung einer solchen Gesellschaft bedarf staatliche Genehmigung, sowie eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Sie entsteht aber erst durch Eintragung in das Handelsregister. Die Actien müssen auf Namen lauten und mindestens auf den Betrag von zweihundert Thalern gestellt

---

1) D. H.=G.=B. II Tit. 2, 2. Anschütz in Bekker u. Muth. Jahrb. I S. 326 flg. Dieses Institut ist in Frankreich hauptsächlich zu dem Zwecke ausgebildet worden, um die unliebsame, für gewöhnliche Actiengesellschaften vorgeschriebene Einholung der staatlichen Genehmigung zu umgehen. Statt die so erfundenen Gesellschaften nun als das zu behandeln, was sie in Wahrheit sind, nämlich als Actiengesellschaften, hat man sie als ein selbstständiges der Staatsgenehmigung nicht unterworfenes Institut anerkannt, aber in dem französischen Gesetze v. 23. Juli 1856 einer Reihe von polizeilichen Controlemaßregeln unterworfen. Leider hat das D. H.=G.=B. diesen Vorgang nachgeahmt; es hat aber nicht nur die polizeilichen Beschränkungen noch vermehrt (Art. 199), sondern überdieß auch noch die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung, welche durch jene Controlebestimmungen gerade ersetzt werden sollte, unter Vorbehalt der Particulargesetzgebung beibehalten. Es ist zu hoffen, daß dieß juristisch und thatsächlich zweifelhafte Institut keine Verbreitung in Deutschland gewinne.

sein. — Die Actionäre üben ihr Gesellschaftsrecht in Generalversammlungen aus. Außerdem haben sie immer einen Aufsichtsrath, welcher die Geschäftsführung der Gesellschaft fortwährend überwacht, ihre Bücher einsieht, die Kasse untersucht, die Jahresrechnungen und Bilanzen prüft, die Generalversammlung berufen kann; er führt auch die von letzterer beschlossenen Processe gegen die persönlich haftenden Gesellschafter. — Die Gesellschaft wird vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter, welche während bestehender Gesellschaft nicht austreten können. — Die Kündigung oder der Antrag auf Auflösung der Gesellschaft erfolgt durch die Generalversammlung [2]).

VII. Mandat.

§. 199.

Besondere Anwendungen des Mandats im deutschen Handelsverkehr [1]) sind 1) der Commissionshandel [2]), d. h. der gewerbmäßige Betrieb des Handels im Auftrage eines

---

2) Im Uebrigen enthält das H.=G.=B. noch eine Reihe weiterer beschränkender Rechtssätze. Außerdem werden die über gleichartige Verhältnisse der Actiengesellschaften geltenden Rechtssätze hierher übertragen.

1) Ueber das Mandat in Handelssachen überhaupt hat das H.=G.=B. nur die Bestimmungen, daß es im Zweifel durch den Tod des Mandanten nicht erlischt (A. 297), daß die vom Mandatar innerhalb der Gränze der Vollmacht im Namen des Mandanten geschlossenen Geschäfte diesen unmittelbar berechtigen und verpflichten, und daß Jemand selbst haftet, der ohne Mandat oder über das Mandat hinaus Geschäfte abschließt (A. 298 vgl. mit 52 u. 55).

2) Treitschke Rechtsgrundsätze vom Commissionshandel 1839. Hirsemenzel die Lehre vom kaufmännischen Commissionsgeschäfte 1859. H.=G.=B. 4. Buch 3. Tit. Ohne genügende Gründe will Walter (deutsches Privatr. §. 272, 2) die Anwendung des Mandatsprincips ablehnen.

Andern, bei welchem die vertragsmäßige oder ortsüblich bestimmte Provision[3]) den Gewinn des Commissionärs ausmacht. Es gehört hierher sowohl die Einkaufs-, als die Verkaufscommission. Der Commissionär tritt dem Publicum gegenüber nicht als Mandatar, sondern als selbstständiger Kaufmann auf; er contrahirt und handelt in eigenem Namen[4]). Dem Committenten gegenüber ist er verpflichtet, das aufgetragene Geschäft auf die für jenen vortheilhafteste Weise zu führen[5]); oft sichert der Committent sein Interesse durch Bestimmung eines Limitopreises[6]). Zum Verkaufen auf Credit ist der Commissionär nur berechtigt, insoweit dieß am Verkaufsplatz überhaupt üblich und das Creditgeben im einzelnen Falle nicht eine Unterlassung der durch das Mandat gebotenen Sorgfalt ist[7]). Durch einen Nebenvertrag (s. g. Delcredere-Vertrag) kann der Commissionär auch die Haftung für seine Contrahenten in der Weise übernehmen, daß er dem Committenten innerhalb des Umfangs der Verpflichtungen jener selbst als directer Schuldner einsteht[8]). Bei einer Commission, welche sich auf Waaren, Wechsel oder

---

3) Die Provision kann (abges. von einer s. g. Auslieferungsprovision) nur gefordert wenden, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist.

4) H.-G.-B. Art. 360. Mithin wird der Committent aus den Geschäften des Commissionärs mit Dritten nicht unmittelbar berechtigt und verpflichtet (A. 368), mithin erwirbt ferner der Commissionär bei der Einkaufscommission das Eigenthum an der gekauften Waare zunächst selbst, und es geht erst durch Tradition (oder const. possessor.) auf den Committenten über.

5) Die Pflichten des Commissionärs sind aufgezählt in Art. 361 — 367.

6) Dieß hat natürlich nicht die Bedeutung, daß die erzielten noch günstigeren Bedingungen nicht auch dem Committenten zu Gute kommen sollten. Art. 372.

7) Art. 369. Das Präjudiz das. Abs. 3.

8) Art. 370. Er fordert dann eine höhere Provision.

Werthpapiere mit Börsen= oder Marktpreis bezieht, darf der Commissionär unter Ansatz des Tagescurses selbst als Käufer oder Verkäufer auftreten, und doch die Commissionsprovision fordern[9]). — Eine eigenthümliche Art des Commissionshandels ist der Buchhandel in Deutschland[10]). 2) Das Speditionsgeschäft[11]), d. h. der gewerbmäßige Betrieb der zur Versendung von Gütern nothwendigen Geschäfte im Auftrage des Versenders oder Empfängers gegen Provision (Spesen). Die Verpflichtung des Spediteurs besteht in der Sorgfalt für die Erhaltung, gehörige Verpackung und Bezeichnung der Frachtgüter, für die rechtzeitige, möglichst wohlfeile und sichere Absendung auf den besten Wegen und für den Abschluß der deshalb nothwendigen Verträge mit Fuhrleuten und sonstigen Mittelspersonen[12]). — Der Commissionär

---

9) Das Nähere s. in Art. 376 u. 377. Das H.=G.=B. ist hier einem bestehenden Handelsgebrauche gefolgt, der auch innerlich nicht ganz so ungerechtfertigt sein mag, als er zu sein scheint.

10) Beim Buchhandel liegt das Eigenthümliche darin, daß jedes Sortimentsgeschäft schon an und für sich, auch ohne besondere Erklärung als ein Commissionsgeschäft gilt; an der jedesmaligen Ostermesse werden dann die nicht verkauften Neuigkeiten zurückgesandt, von den verkauften der Kaufpreis nach Abzug des Buchhändlerrabatts als Provision an die Committenten gezahlt. Vgl. über diese Verhältnisse jetzt Wächter in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. 2. Bd. S. 279 flg. dessen auf S. 497 flg. entwickelten Gründen gegen Annahme eines Commissionsgeschäfts ich jedoch nicht beitreten kann.

11) H.=G.=B. Art. 379 flg. S. auch Wengler Beitr. zu der Lehre vom Speditionsgeschäfte. 1860.

12) Bülow und Hagemann praktische Erörterungen IV. Bd. Nr. 78. Was die Haftung des Spediteurs für die weiter bei dem Transport thätigen Personen (Zwischenspediteure und Frachtführer) betrifft, so unterscheidet sich das deutsche vom französischen Rechte. Während das letztere ihn für alle Handlungen der Zwischenpersonen auf der ganzen Transportlinie verantwortlich macht, so erkennt das deutsche Recht seine Aufgabe nur darin, daß er für fremde Rechnung die zum Transport nothwendigen Frachtverträge zu schließen habe, und läßt ihn dabei nur für

wie der Spediteur haben an dem Commissions- und Speditionsgute, so lange es noch in ihrem Gewahrsam ist oder sie sonst in der Lage sind, darüber zu verfügen, ein Pfandrecht wegen ihrer Auslagen und sonstigen aus dem Geschäfte hervorgehenden Forderungen[13]).

VIII. Verlagsvertrag *).

§. 200.

Der Verlagsvertrag besteht in dem Uebereinkommen eines Schriftstellers (Malers, Notensetzers) mit einem Buchhändler (Kunst-, Musicalienhändler), nach welchem sich jener verpflichtet, ein bestimmtes Manuscript (Bild, Notensatz) zu liefern, dieser sich verbindlich macht, es gedruckt (gestochen, lithographirt) unter das Publicum zu verbreiten[1]). Das Interesse des Autors liegt zunächst in der

---

culpa in eligendo haften. So auch das H.-G.-B. 380. Durch besonderen Vertrag kann die Haftpflicht erweitert werden, Art. 384.

13) Art. 374—382.

*) O. Wächter das Verlagsrecht mit Einschl. der Lehren vom Verlagsvertrag und Nachdruck. 2 Bde. 1857. 1858 §. 21 bis 35. Gerber in s. und Ihering's Jahrbüchern 3. Bd. S. 359 flg. (1859).

1) Dieß ist der gesammte Inhalt des Verlagsvertrags. Das Charakteristische desselben liegt nicht in einer eigenthümlichen Verbindung des dare, praestare und facere, sondern in der besonderen Natur der im Verlagsvertrage geforderten Thätigkeiten, welche sich durch jene allgemeinen Bezeichnungen nicht darstellen lassen. Das geistige Schaffen in der Form literarischer Thätigkeit, und auf der andern Seite das buchhändlerische Verbreiten sind Leistungen von völlig ursprünglicher Bedeutung, die sich nicht auf ein juristisches Allgemeineres zurückführen lassen. Daraus ergiebt sich, daß jeder Versuch, diesen Vertrag unter eine römische Kategorie zu bringen, z. B. der Innominatcontracte oder gar der Miethe, verfehlt sein muß. Ganz falsch sind aber diese Versuche, wenn sie auf einem Hereinziehen unwesentlicher Nebenbeziehungen, z. B. des Honorarversprechens, oder einer gemeinschaftlichen Uebernahme des Risico u. s. w., beruhen; es bedarf hiernach gar keiner besonderen Ausführung, daß der Verlagsvertrag weder ein Kauf, noch eine Societät, noch ein

Verbreitung seines Werks und zwar in der von ihm beliebten Form; in der Regel verbindet sich damit auch ein pecuniäres Interesse, welches in der näheren Bestimmung des Vertrags befriedigt wird, daß der Verleger dem Autor ein Honorar zahle[2]), und das Werk nur in einer bestimmten Zahl von Exemplaren vervielfältige. Das Interesse des Verlegers ist in der Regel ein pecuniäres; dieß wird befriedigt durch den Vermögenswerth der gedruckten Exemplare des Werks, welche der Gegenstand seines Eigenthums sind, und durch den Rechtssatz, daß der Autor an demselben Werke[3]) keinem Andern Verlagsrechte vor dem Vergriffensein der früheren Auflage einräumen darf; vergriffen ist aber die Auflage, wenn entweder die im Verlagsvertrage bestimmte Anzahl von Exemplaren oder, wenn keine Bestimmung deshalb getroffen war, die vom Verleger nach freiem Belieben wirklich herge-

---

getheiltes Eigenthum, noch ein Mandat ist. (Ein Kauf, dessen Object ein Mspt., eine Societät, bei der die Einlage eines Gesellschafters in „Literatur" besteht, eine Miethe, deren Gegenstand Lohnschriftstellerei ist, kann vorkommen; das sind aber keine Verlagsverträge, da die literatische Arbeit hier ganz anderen rechtlichen Gesichtspuncten untergeordnet wird und nicht selbst als gestaltendes Element des Rechtsverhältnisses hervortritt.) Aber freilich ist auch damit wenig geholfen, wenn Mittermaier (Grundsätze §. 575) u. A. von einem eigenthümlichen deutschen Vertrage reden; darin liegt kein Princip, wie dieß die ungehörige Hereinziehung der Rechte des Schriftstellers und Verlegers gegen Dritte zeigt, welche bei Mittermaier statt findet, auch ist jene Behauptung nur insoweit richtig, als sie etwa so viel heißen soll, als: das römische Recht kennt dieß Geschäft noch nicht.

2) Ob dieß bogenweise oder im Ganzen, nach oder vor dem Drucke gezahlt werden muß, bestimmt sich nach der Natur des einzelnen Falls, wenn der Vertrag keine Bestimmung darüber enthält.

3) Eine Umarbeitung zu einem ganz andern Buche, Uebersetzung u. dergl. kann er dagegen auch früher herausgeben; dieß ist nicht dasselbe Werk.

stellten Exemplare im Publicum verbreitet sind [4]). Jenachdem nun diese und andere mögliche Interessen des Autors und Verlegers im einzelnen Falle hervortreten, empfängt der Verlagsvertrag Nebenbestimmungen, welche jedoch seinen hauptsächlichen Inhalt nicht berühren [5]). Eine neue rechtmäßige Auflage mittelst eines neuen Verlagsvertrags zu veranstalten, ist ein Recht, nicht eine Verpflichtung des Autors, bei dessen Ausübung derselbe nicht an die Person des ersten Verlegers gebunden ist*).

---

4) Dieß Letztere ist bestritten, indem Manche behaupten, daß der Verleger, wenn keine Zahl der Exemplare bestimmt werde, das Recht auf Ausbeutung des Werks in steter Wiederholung des Drucks beliebiger Exemplare habe, also eigentlich nur die Willkür des Verlegers das Ende der Auflage bestimme (Pr. Landr. I, 11 §. 1013). Es ist zu unterscheiden: 1) es fehlt im Verlagsvertrage die Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Exemplaren, ohne daß dem Verleger das Recht des Drucks in infinitum ausdrücklich überlassen wurde; hier ist die Absicht des Autors im Zweifel darauf gerichtet, die Bestimmung der Zahl der Exemplare beim ersten Druck dem Belieben des Verlegers zu überlassen, er will aber die hiernach hergestellten Exemplare als eine Auflage angesehen wissen. 2) Durch die Vertragsbestimmung ist der Begriff der Auflage ganz verbannt, indem der Schriftsteller dem Verleger ein unbeschränktes Recht zuspricht, so viel Exemplare zu drucken, als er will, und dieses Wollen beliebig oft wiederholen zu dürfen. — Es versteht sich von selbst, daß eine Auflage noch nicht als vergriffen angesehen werden kann, wenn die Exemplare verbreitet sind, welche der Verleger vorläufig als Theil der Exemplare druckte, die zu drucken ihm der Vertrag erlaubt, da ihm freisteht, die bestimmte Zahl von Exemplaren zugleich oder nach einander in Absätzen zu drucken.

5) Daher irrt Reyscher, wenn er Würtemb. Pr.-R. §. 451 nach der Verschiedenheit dieser Bestimmungen sich die Natur des Verlagsvertrags verwandeln läßt.

*) Die Frage, ob und inwieweit der Verleger das Recht habe, seine vom Autor erworbenen Verlagsrechte ohne dessen Zustimmung auf Andere zu übertragen, kann nur mit vielen Unterscheidungen beantwortet werden, welche den verschiedenen möglichen thatsächlichen Verhältnissen zu entnehmen sind. S. Gerber a. a. O. S. 392 f.

Liefert der Autor das Manuscript nicht, so hat der Verleger eine Klage auf vertragsmäßige Lieferung[6]); liefert er es, ohne durch genügende Gründe abgehalten zu sein, nicht in der herkömmlichen[7]) oder bestimmten Zeit, so hat der Verleger eine Klage auf Entschädigung, falls er ein rechtliches Interesse an der zeitigen Lieferung nachzuweisen vermag[8]); auch hat er das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, wenn die Lieferung verspätet eine andere als die ursprüngliche sein würde[9]). Erfüllt der Verleger seine Vertragspflicht nicht rechtzeitig, so hat der Autor eine Klage auf Entschädigung für das nachweisbare rechtliche Interesse, welches freilich nicht sein hauptsächliches Interesse zu sein pflegt. Die vertragsmäßigen Rechte des Autors gegen den Verleger gehen auch auf seine Erben über[10]).

---

6) Unrichtig ist es, mit dem Pr. Landr. §. 1000 flg. (Bornemann Pr. Civilrecht 3. Bd. S. 197 flg.) zu behaupten, der Verleger könne nicht auf Erfüllung klagen, weil geistige Arbeiten nicht erzwungen werden könnten. Das Richtige ist, daß eine solche Klage sehr leicht elidirt werden kann durch Einreden, welche aus der unendlichen Menge von Ursachen hergenommen sind, die eine geistige Thätigkeit zu hindern vermögen. Aber freilich muß es der richterlichen Prüfung überlassen werden, inwieweit die Wirkung solcher Einredegründe im einzelnen Falle anerkannt werden kann, da z. B. nicht jede Schriftstellerei auf wirklichem Denken beruht.

7) S. z. B. Pr. Landr. §. 1002.

8) Dieß ist nicht immer der Fall, wohl aber z. B. dann, wenn eine Schrift in Lieferungen erscheint und aus der Zahl der Abnehmer der ersten Lieferung sich das Interesse berechnen läßt.

9) Wenn z. B. die in Berechnung gezogene öffentliche Theilnahme des Publicums nun verschwunden ist. Thöl Handelsrecht 1. Bd. §. 87 Not. 8.

10) Die entgegengesetzten Bestimmungen des Oesterr. Gesetzbuchs §. 1169 und des Bad. Landr. §. 577 sind singulärer Natur (nicht, wie Maurenbrecher D. Pr.-R. §. 365 sagt, Inhalt einer gemeinen Gewohnheit). Auch ist es ungehörig, aus den Gesetzen über Nachdruck eine analoge Entscheidung für das Verhältniß des Schriftstellers oder dessen

IX. Geschäfte zur Sicherung gegen künftige Nachtheile.

A. Bürgschaft.

§. 201.

Im Zusammenhange mit dem älteren deutschen Rechte [1]) stehen in der Lehre von der Bürgschaft nur die zwei particularrechtlich oder vertragsmäßig heutzutage bisweilen vorkommenden Eigenthümlichkeiten, daß 1) die Subsidiarität der Bürgschaftsschuld wegfällt [2]), 2) daß die Erben nicht für die Folgen einer Bürgschaft ihres Erblassers haften [3]). Son-

---

Erben zum Verleger zu geben; denn wenn auch 30 Jahre nach dem Tode des Autors der gesetzliche Schutz gegen Nachdruck aufhört, so steht es doch beim Verleger und des Autors Erben, ihn z. B. durch Erlangung von Privilegien zu verlängern. Ueberhaupt sind die aus dem Verlagsvertrage hervorgehenden Rechte von dem gesetzlichen Rechtsschutze gegen Nachdruck juristisch ganz unabhängig. Auch die Befugniß, den Druck einer neuen Auflage zu verhindern, muß nach der richtigen Ansicht als auf die Erben des Autors übergegangen betrachtet werden. S. Wächter a. a. O. S. 371 N. 24 (anders die früheren Auflagen dieses Buchs). Gerber a. a. O. S. 386 flg.

1) Ueber die Geschichte der Bürgschaft, besonders der Leibbürgschaft s. Phillips Grunds. I §. 83. Ueber das ältere nordische Recht s. Müller in der Zeitschr. f. deutsch. R. 1. Bd. S. 321 flg. und Paulsen ebendas. 4. Bd. S. 124 flg. S. jetzt Stobbe zur Gesch. des deutschen Vertragsr. (1855) S. 115 flg. Platner die Bürgschaft, eine germanistische Abhandlung 1857.

2) Diese Anschauung tritt in mehreren Zeugnissen des älteren deutschen Rechts hervor, s. Paulsen a. a. O. Schwabensp. 353. Jüt. Low 62. Heutzutage sind dahin die in Vertragsurkunden vorkommenden Ausdrücke zu deuten, daß der Bürge als Selbstschuldner haften wolle. Arnold Beitr. z. deutsch. R. II S. 476. Müller S. 341 flg. Anders in Sachsen (Const. Aug. II, 18 und Haubold Sächs. R. §. 298). Andere Zeugnisse des älteren deutschen Rechts fassen das Verhältniß freilich anders auf. Stobbe a. a. O. S. 124 flg. Platner a. a. O. S. 90 flg. ist der Ansicht, daß zwar nicht die Ausklagung, aber doch der Verzug des Hauptschuldners gefordert wurde.

3) Das ältere deutsche Recht faßte die Bürgschaftsschuld (offenbar

stige Eigenthümlichkeiten des neueren Rechts, namentlich in Betreff der Intercession der Frauen, haben ihre Grundlage nicht im deutschen Rechte.

B. Versicherungsvertrag.

1) Allgemeines.

§. 202.

Die Absicht, sich im Voraus für den pecuniären Nachtheil zu decken, den das mögliche Eintreten eines unglücklichen Ereignisses hervorbringen würde, kann durch sehr verschiedene Mittel erreicht werden, für welche das Recht die mannigfaltigsten Formen darbietet[1]). Die einfachste derselben

in Rücksicht auf die bloß persönlichen Motive, welche regelmäßig dabei obwalten) als eine nur den ursprünglichen Bürgen bindende auf. Sächs. Weichbild Art. 117. Platner S. 126 hebt als Grund die formelle Seite des Rechtsgeschäfts hervor. — Privileg. für München v. 1294 bei Auer Münchener Statut. S. LXXIV. Verm. Sachsensp. III, 21, 1. Hannöver. Statuten bei Pufendorf obs. jur. 4. App. p. 209. Sydow Erbrecht des Sachsensp. S. 361 flg. Kamptz Mecklenb. Civilrecht II S. 473. A. M. ist Eichhorn Einl. §. 120, der sich ohne Grund auf Sachsensp. I, 6 beruft (der Schwabenspiegel zeigt im Art. 117 am Ende Einwirkungen des römischen Rechts). Stobbe a. a. O. S. 132 flg.

1) Schon das römische Recht kennt Formen für solche Zwecke, indem es gestattet, daß bei manchen Verträgen ein Contrahent, der sonst die Gefahr nicht trägt, kraft besonderer Verabredung die Haftung übernehme. Versichern kann man sich auch dadurch, daß man zwei an sich ganz verschiedene Geschäfte durch die Absicht in Verbindung setzt, in dem einen eine Entschädigung finden zu wollen, wenn das andere mißglücken sollte. Man kann auch Geschäfte, welche in ihrer äußeren Form gar nicht nothwendig auf die Absicht der Versicherung führen, z. B. einen Leibrentenvertrag, dessen Wirksamkeit vom Tode eines Andern beginnen solle, zu diesem Zwecke gebrauchen. Versicherung ist demnach an sich ein juristisch ebensowenig relevantes Motiv für Rechtsgeschäfte, als die unermeßliche Zahl der Beweggründe für das Vorbereiten eines Gewinns oder Vermögensvortheils überhaupt. Beim Versicherungs-

ben ist der diesem Zwecke ausschließlich gewidmete Versicherungsvertrag [2]). Hiernach übernimmt Jemand [3]) gegen Empfang einer Prämie die Haftung für einen in Folge eines bestimmten Ereignisses [4]) etwa eintretenden Schaden. Solche Ereignisse sind namentlich der Tod eines Menschen *), Brand [5]),

---

vertrag als einem selbstständigen Rechtsgeschäfte ist dieß anders; denn hier ist die Versicherung als einziger, nicht nur nebenbei beabsichtigter Inhalt offen ausgesprochen und enthält deshalb ein unmittelbares auf die Gestaltung und Verpflichtung der Parteien wirkendes Rechtsprincip. Die civilistische Form desselben ist keine ungewöhnliche; sie ist ein zweiseitiger, von der einen Seite bedingter Vertrag. (Anders bei Lebensversicherungen, s. Staudinger in d. N. *) ang. Schr. S. 58.)

2) Benecke System des Assecuranz- und Bodmerei-Wesens. 5 Thle. Hamburg 1805—1821. Oesterr. Gesetzb. §. 1288—1291. Pr. Landr. II, 8 §. 1934—2358. Assecuranz- und Havareyordnung der Stadt Hamburg v. 1731 (bei Klefeker Samml. Hamb. Ges. Bd. 1 S. 28 u. Nettelbladt thesaur. jur. provinc. et statut. Germ. Abth. 1 S. 1071). Assecuranz- und Havareyordnung der Stadt Amsterdam v. 28. Apr. 1744 (in Bremen gültig und herausgegeben in deutscher Uebersetzung von Engelbrecht 1789). Zur Erkenntniß des Herkommens und der regelmäßigen Assecuranzeinrichtungen dient die Vergleichung der Statuten der einzelnen Versicherungsanstalten, welche öfter gesammelt worden sind. S. die Literatur darüber bei Ortloff Grundzüge S. 475 flg.

3) Versicherer ist oft der Staat selbst, oft ist es eine Societät; bei den auf Gegenseitigkeit gestützten Assecuranzen sind die Versicherten zugleich die Versicherer, wobei natürlich keine Prämien, sondern Beiträge zu dem jedesmal nothwendigen Versicherungsfond geliefert werden.

4) Es macht das Geschäft zwar nicht ungültig, wenn das Ereigniß beim Vertragsschlusse schon eingetreten ist, vorausgesetzt, daß nichts Anderes bestimmt war, nur darf der Versicherte nicht darum gewußt haben. — Voraussetzung der Gültigkeit des Geschäfts ist übrigens die volle Wahrheit in der Beschreibung des Objects, auf das sich der Versicherungswille beziehen soll.

*) Ueber Lebensversicherungen s. Staudinger die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage. 1858.

5) Im Zweifel haftet der Versicherer nicht allein für jeden Brandschaden, sondern auch für die bei der Löschung oder den Rettungsversuchen vorkommenden Verluste. Ueber Brand im Kriege s. Bülow und

Hagelschlag, Viehseuche und Seeunglück. Der Versicherungsvertrag wird von dem Versicherten zur Deckung seines Schadens [6]), nicht des Gewinnes halber eingegangen; er setzt daher ein rechtliches Interesse des Versicherten bei den Gefahren des bestimmten Gegenstands voraus [7]), auch kann deshalb durch eine mehrfache Versicherung des vollen Werths, wenn sie überhaupt gestattet ist, doch nur ein einmaliger Schadensersatz erreicht werden [8]). Die Haftung des Versicherers findet jedoch nur statt für den Fall, daß das Nachtheil bringende Ereigniß ohne verschuldete Einwirkung des Versicherten eintritt, regelmäßig sogar nur unter der Voraussetzung, daß der

---

Hagemann Erörter. Bd. VII S. 317. — Particularrechtssätze hierbei beziehen sich auf die Verpflichtung des Versicherten, binnen einer gewissen Zeit das Gebäude wieder aufzubauen, als Bedingung des Empfangs der Assecuranzsumme, und darauf, daß letztere als Surrogat des zerstörten Hypothekenobjects gelten solle.

6) Aber nicht bloß positiver Schaden, sondern auch das lucrum cessans. — Unter dieser Voraussetzung ist selbst eine Mitversicherung der Prämie zulässig. S. Heise und Cropp Abhandl. II. S. 579 flg.

7) Die s. g. Wettassecuranzen sind keine Versicherungsverträge, sondern beliebige andere aleatorische Geschäfte. — Pr. Landr. §. 1995. Hamb. Assecur.-Ordn. II, 3 und XIII, 1. — Ueber die Klagbarkeit der Versicherung zu Gunsten eines Dritten s. oben §. 192, 9.

8) Gemeinrechtlich (anders d. Pr. Landr. §. 2000) eine Ungültigkeit der mehrfachen Versicherung zu behaupten, entbehrt eines rechtlichen Grundes; wohl aber findet eine Klage gegen den zweiten Assecuradeur nur insoweit statt, als der erste den Schaden nicht gedeckt hat. Das D. H.-G.-B. erklärt sie bei der Seeversicherung für ungültig — als s. g. Doppelversicherung, d. h. mehrmalige successive Versicherung des vollen Werths. Art. 792. Man unterscheide hiervon den Fall, wo zwar nur einmal der ganze Werth, aber bei verschiedenen Personen nach Theilen versichert wird; hier haftet jeder Versicherer nach seiner Quote (das H.-G.-B. Art. 791 faßt hierunter den Fall einer s. g. gleichzeitigen Versicherung bei Mehreren). Eine Rückversicherung sowohl seitens des Versicherers als seitens des Versicherten ist natürlich unbedenklich. (S. darüber Heise und Cropp Abhandl. II. S. 600—609.)

Letztere alle zur Abwendung der Gefahr nöthige Vorsicht anwandte*). Die Versicherungssumme wird durch Schätzung des eingetretenen Nachtheils bestimmt; die Angabe einer bestimmten Versicherungssumme im Vertrage ist in der Regel nur eine einseitige vorläufige Schätzung des möglichen Nachtheils zum Zwecke der Feststellung der Prämie und der äußersten Gränze der Entschädigungssumme**). Der Vertrag muß nach der Bestimmung der meisten Particularrechte schriftlich abgeschlossen werden[9]); die deshalb abgefaßte, alle Puncte der gegenseitigen Verpflichtung umfassende Urkunde heißt Police[10]).

Eine Art des Versicherungsvertrags, die Seeassecuranz,

---

*) Die Haftung des Versicherers fällt jedenfalls weg, wenn das Ereigniß durch dolus oder culpa lata des Versicherten herbeigeführt wurde; der Versicherte will nicht für den Schaden haften, der schon bei einem geringen Grade der Sorgfalt abgewandt werden konnte. Mittermaier D. P.=R. §. 303 N. 16. Holländisches Handelsgesetzb. Art. 294. Der theoretischen Natur des Versicherungsvertrags scheint es zu entsprechen, daß man weiter geht, und die Haftung des Versicherers durch jedes Verschulden des Versicherten ausschließt. S. Motive zum Entw. eines preuß. Handelsgesetzbuchs zu Art. 337. Aber um so weniger entspricht eine solche Auffassung dem wirklichen Bedürfnisse des Lebens. S. die gute Fassung der Statuten der Goth. Feuerversicherungsbank §. 39, b. — Uebrigens kann der Versicherer gegen Zahlung der Versicherungssumme Abtretung der Entschädigungsklage des Versicherten gegen den Beschädiger fordern.

**) Es kann auch vorkommen, daß nach der Absicht der Parteien nicht der volle Werth versichert werden sollte. Tritt dann nur eine theilweise Beschädigung ein, so wird von der Assecuranzsumme nur der hierauf fallende Theilbetrag entrichtet.

9) S. z. B. Pr. Landr. §. 2064. Ganz grundlos knüpft Maurenbrecher Lehrb. §. 387 die Existenz der ganzen Forderung an das Dasein der Police.

10) In der Regel sind diese Urkunden gedruckte Formulare, in welchen das Datum des Beginns der Versicherung, die versicherte Gefahr, der Umfang und die Bedingungen, die Lage und Beschaffenheit des versicherten Gegenstands und die Größe der Prämie anzugeben ist.

bedarf wegen der eigenthümlichen dabei vorkommenden Verhältnisse noch einer besonderen Ausführung.

2) Von der Seeassecuranz insbesondere [1]).

§. 203.

Der Versicherungsvertrag gegen Seegefahr kann sowohl für eigene, als für fremde Rechnung [2]), und im letzteren Falle unbestimmt „wen es angeht" geschlossen werden. Gegenstand der Seeversicherung kann sowohl das Schiff als auch die Schiffsladung sein; auch Bodmereigelder können assecurirt werden, sowie nicht minder das Gelingen einer Speculation (imaginärer Gewinn). Versicherung der Schifferheuer dagegen wird nicht zugelassen [3]). Der Versicherer haftet für jede Gefahr, welcher das Schiff oder die Ladung während der Dauer der Versicherung ausgesetzt ist, insbesondere für alle Seeunfälle, Kriegsgefahr und Verfügungen von hoher Hand, Plünderung u. s. w., auch trägt er die Beiträge zur großen Havarei und sonstige Rettungskosten; er haftet aber nicht für den Schaden, welcher aus der Seeuntüchtigkeit des Schiffs, der natürlichen Beschaffenheit oder Verpackung der Waaren und dem Verschulden des Versicherten hervorgeht [4]). Die Haftung für die

---

1) Eine neue Grundlage hat diese Lehre nunmehr im D. H.=G.=B. Buch 5 Tit. 11 (Art. 782 flg.) erhalten.

2) Eine solche Versicherung ist nur dann gültig, wenn der Versicherungsnehmer vom Versicherten wirklich beauftragt war, oder, falls dieß nicht der Fall, hiervon dem Versicherer Mittheilung gemacht wurde. Art. 786.

3) Art. 784. Es ist dieß ein alter Satz des Seerechts. Durch Zulassung der Versicherung der Volksheuer wäre der früher sehr allgemeine seerechtliche Grundsatz illusorisch gemacht worden, daß die Heuer der Schiffsleute nur im Falle der Rettung des Schiffs bezahlt wird.

4) S. die Aufzählung im Art. 824 flg. Indessen kann der Versicherer seine Haftung durch gewisse Clauseln in der Police beschränken. Solche sind: „frei von Kriegslasten" (Art. 852), „nur Seegefahr" (853),

Gefahr des Schiffs beginnt von dem Augenblicke, in welchem mit der Einnahme der Ladung begonnen wird, oder, wenn keine Ladung einzunehmen ist, mit der Abfahrt des Schiffs, und dauert bis zur Beendigung der Löschung im Bestimmungshafen; die Haftung für die versicherten Güter beginnt mit dem Zeitpuncte, in welchem die Güter zum Zwecke der Einladung vom Lande scheiden, und endet mit dem Zeitpuncte, in welchem sie am Bestimmungshafen wieder an das Land gelangen. Die begonnene Haftung des Versicherers läuft während dieser ganzen Zeit ununterbrochen fort, so daß sie auch nicht durch den Aufenthalt des Schiffs in einem Noth- oder Zwischenhafen, und bei der Versicherung der Hin- und Herreise durch den Aufenthalt im Bestimmungshafen unterbrochen wird [5]. Wenn das Seeunglück zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrags schon eingetreten war, die Parteien aber davon keine Kenntniß hatten, so ist der Vertrag trotzdem gültig; wußte aber ein Theil darum, so ist der Vertrag für den andern, nicht unterrichteten Theil unverbindlich [6]. Ueberhaupt ist der Versicherungsnehmer bei Abschluß des Vertrags verpflichtet, dem Versicherer alle bekannten Umstände mitzutheilen, welche auf den Entschluß des letzteren, die Versicherung zu übernehmen, von Einfluß sein können [7].

„für behaltene Ankunft" (854), sodann: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" (855), „frei von Bruch außer im Strandungsfalle" (856). S. Heise und Cropp jur. Abh. I, 3. 4.

5) Art. 827—831.

6) Art. 789.

7) Art. 810. Weitere Verpflichtungen des Versicherten, von deren Erfüllung die Haftung des Versicherers ganz oder theilweise bedingt ist, sind insbesondere, daß der Versicherte die dem Versicherer angegebene Reise nicht willkürlich abändere, die Abreise nicht ungebührlich verzögere, die Güter nicht einem andern als dem bezeichneten Schiffe übergebe, von jeder Nachricht über einen stattgefundenen Unfall dem Versicherer alsbald Kenntniß gebe, Art. 817—823.

Der Versicherte, welcher den Ersatz eines erlittenen Schadens fordern will, muß dem Versicherer eine Schadensberechnung[8]) mittheilen, und zugleich außer seinem Interesse bescheinigen, daß der versicherte Gegenstand einer Seegefahr ausgesetzt war, durch welchen Unfall der Schaden entstanden und wie groß dieser sei. Die Klage aus dem Versicherungsvertrage verjährt in fünf Jahren von Zeit der Beendigung der Versicherungszeit[9]). Ist das Schiff verschollen, oder ist der Gegenstand der Versicherung dadurch bedroht, daß Schiff oder Güter unter Embargo gelegt, von einer kriegführenden Macht aufgebracht, von hoher Hand angehalten, oder durch Seeräuber genommen und in einer Frist von sechs, neun oder zwölf Monaten (je nach der Größe der Entfernung) nicht freigegeben sind, so kann der Versicherte ebenfalls Zahlung der Versicherungssumme, aber gegen Abtretung der ihm am versicherten Gegenstande zustehenden Rechte an den Versicherer (Abandon), fordern; die Abandonerklärung, welche unwiderruflich ist, muß jedoch unbedingt und innerhalb einer gewissen Frist erfolgen[10]).

Wird der Versicherungsvertrag ohne Schuld des Versicherten aufgelöst oder sonst unwirksam, so muß der Versicherer die Prämie zurückerstatten (ristorniren); jedoch darf er als Entschädigung für das Ristorno eine Gebühr zurückbehalten[11]).

---

8) Als Versicherungswerth des Schiffs soll nach Art. 799 der Werth des Schiffs gelten, den es in dem Zeitpuncte hat, in welchem die Gefahr des Versicherers beginnt; als Werth der Güter derjenige, welchen sie an Ort und Zeit der Abladung unter Hinzurechnung aller Kosten bis an Bord einschließlich der Versicherungskosten (803). Also nicht der Werth am Bestimmungsorte. — S. übrigens über das Formelle 886 — 890.

9) Art. 910.

10) Art. 865 flg.

11) Art. 899.

Anhang: Bodmerei[1]).

§. 204.

Der Bodmereicontract ist ein Darlehnsvertrag mit Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung, bei welchem der Darlehnsgeber (Bodmerist) das Bodmereigeld nebst der bedungenen Prämie nur nach der Ankunft des Schiffs am Orte, an welchem die Bodmereireise endigt, fordern und sich deshalb nur an die verbodmeten Gegenstände halten kann. Das Geschäft wird vom Schiffer kraft einer ihm gesetzlich beigelegten Vollmacht abgeschlossen; er soll aber nur dann Bodmereigelder aufnehmen, wenn sich das Schiff außerhalb des Heimathhafens befindet und die Ausführung der Reise, oder die Erhaltung und Weiterbeförderung der Ladung dieß fordert[2]). Der Vertrag wird schriftlich errichtet; die Urkunde desselben (Bodmereibrief) kann auf Ordre und in mehreren Exemplaren ausgestellt werden. Der auf Ordre gestellte Bodmereibrief kann durch Indossament übertragen werden[3]). Kommen die verbodmeten Gegenstände am Bestim-

---

1) Dieß Geschäft wurde früher in der Regel nach Analogie der Seeversicherung und als eine besondere Form derselben beurtheilt; man dachte es sich als häufig, daß es der Rheder selbst abschließe. Daraus erklärte sich die analoge Uebertragung mancher Grundsätze des Assecuranzrechts, z. B. die Beschränkung der Bodmereisumme auf die Werthshöhe des verbodmeten Gegenstands, der Abandon, das Ristorno u. s. w. S. Kaltenborn Seerecht II S. 239 flg. Das D. H.=G.=B. Art. 680 flg. dagegen faßt es lediglich in der Bedeutung eines Nothdarlehens auf, das der Schiffer (und nur dieser) in außerordentlichen Fällen aufnehmen darf, jedoch so, daß es keine persönliche Obligation, sondern nur eine Verhaftung der verbodmeten Gegenstände erzeugt. Die Prämie kann eine unbeschränkte Zinshöhe betragen.

2) D. H.=G.=B. Art. 681. Es wird nicht immer Schiff, Ladung und Fracht zusammen verbodmet.

3) Art. 683. 684. 687.

mungsorte glücklich an, so ist die Bodmereiforderung nebst Prämie fällig, und es soll am achten Tage nach Ankunft des Schiffs Zahlung erfolgen. Die verbodmeten Gegenstände, welche dem Gläubiger solidarisch haften, dürfen vor Befriedigung des Letztern nicht ausgeliefert werden. Erfolgt die Zahlung nicht, so kann der Bodmereigläubiger den öffentlichen Verkauf des verbodmeten Schiffs und der Ladung, sowie gerichtliche Ueberweisung der verbodmeten Fracht fordern[4]).

X. Der Wechselvertrag.

Allgemeines.

§. 205.

Durch den neueren europäischen Verkehr[1]) ist ein Mittel gefunden worden, die Ausübung eines Forderungsrechts in

4) Art. 688. 692. 695. 697. Haftung des bösgläubigen Besitzers der verbodmeten Gegenstände: Art. 698. — Neben der dargestellten Bodmerei (Nothbodmerei durch den Schiffer mit Realwirkung), welche man wohl auch die eigentliche Bodmerei nennt, ist übrigens recht wohl ein ähnliches Geschäft denkbar, welches der Schiffseigenthümer selbst und vielleicht aus ganz andern Motiven abschließt. Diese uneigentliche Bodmerei (A. 701) hat das H.=G.=B. nicht berücksichtigen wollen. Eine Art derselben ist der s. g. Großavanturvertrag (in England Respondentia); s. Stephen new Commentaries on the laws of England 1848 II p. 83 sq. — Eine neue Schrift über die Bodmerei ist: Franck de bodmeria. Lueb. 1862.

1) Ueber die Geschichte des Wechselrechts s. besonders: F. A. Biener Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. 1846. Nr. II, und dessen wechselrechtliche Abhandlungen 1859 (ein in historischer Hinsicht treffliches, in Hinsicht auf das dogmatische Resultat — der Wechselvertrag = Kauf — sicher verfehltes Buch). Siehe auch Holtius Abhandl. civil= und handelsrechtl. Inhalts (1852) S. 169, ferner die unten cit. Schrift von Kuntze und M. Neumann Gesch. des Wechsels im Hansagebiete bis zum 17. Jahrh. 1863. Aus der sehr reichhaltigen Li=

einem so hohen Grade zu erleichtern und zu sichern, daß der verfügbare Vermögenswerth eines solchen dem des baaren Geldes fast ganz zur Seite tritt[2]). Dieses Mittel ist die

---

teratur des Wechselrechts sind hervorzuheben: Treitschke alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze. 2 Bde. 1831. Einert das Wechselrecht nach dem Bedürfniß des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert. 1839. Thöl das Handelsrecht. 2. Bd. (das Wechselrecht enthaltend) 1847. Thöl hat in dieser Schrift (nach Liebe) zuerst die innere Natur des Wechsels im eigentlichen Kern erfaßt und in echt wissenschaftlichem Geiste juristisch construirt. Neuere Schriften sind: Renaud Lehrb. des gem. deutschen sowie des in der A. D. W.-O. enthaltenen W.-R. 2. Aufl. 1857. Kuntze deutsches Wechselrecht u. s. w. 1862. O. Wächter Wechsellehre nach den deutschen und ausländischen Gesetzen 1861. — Die particulären Quellen des Wechselrechts, die einzelnen Wechselordnungen, sind öfter gesammelt worden, z. B. v. Siegel Corpus juris cambialis, 2 Bde. 1742. J. R. Meißner Codex der Europäischen Wechselrechte. 2 Bde. 1836 und 1887 (Thöl a. a. O. §. 144 flg.). Hierzu ist nun in der neusten Zeit auch die in fast allen deutschen Staaten publicirte deutsche Wechselordnung getreten, berathen in der auf Antrag Preußens constituirten Conferenz von Deputirten zu Leipzig vom 30. Oct. bis 9. Dec. 1847. Ausgabe: Protocolle der zur Berathung einer allgemein. Deutsch. Wechselordnung — abgeh. Conferenz u. s. w. Leipzig 1848. 4. Auch ist eine Zeitschrift dafür gegründet worden: Archiv für deutsches Wechselrecht von Siebenhaar und Tauchnitz 1851 u. f. Bis jetzt elf Bände. Eine äußerst lichtvolle Darstellung der Bedeutung dieses neuen Gesetzes in seinem Verhältniß zur bisherigen Wissenschaft giebt: (Liebe) Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen. 1848. Neuester Commentar von Hoffmann: Ausführl. Erläuterung der allg. Deutsch. W.-O. nebst einer Einl. in das Wechselrecht, 1859. Durch Bundesbeschluß v. 19. Febr. 1857 wurde der in Nürnberg tagenden Conferenz zur Berathung eines deutschen Handelsgesetzbuchs der Auftrag gegeben, auch eine Reihe von Controversen der D. W.-O. zu entscheiden; der deshalb ausgearbeitete Entwurf kam in den Sitzungen v. 1—3. März 1858 und v. 1. u. 9. März 1861 zu Stande. Abgedruckt bei Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. Bd. 5 S. 228 flg.

2) Niemand kann läugnen, daß der Wechsel heutzutage für den Kaufmann die Bedeutung des Papiergeldes hat. Es ist aber unrichtig,

Wechselform; seine Kraft liegt in der Beseitigung der aus dem materiellen Grunde der Forderung hervorgehenden Hemmnisse ihrer Realisirung, indem es den Schwerpunct des Rechts ausschließlich in die Form, die Urkunde verlegt, welche ein hier gültiges Summenversprechen ohne Gegenversprechen beweist (materielle Wechselstrenge). Zu dieser innern Kraft tritt die äußere Hülfe beschleunigender Proceßformen und einer eigenthümlichen Strenge der Execution (formelle Wechselstrenge [3])). Die ausschließlich formelle Natur des Wechselrechts macht sich nun in einer Reihe weiterer exacter Geschäftsformen geltend, deren Gesammtheit den Inhalt des Wechselinstituts darstellt.

Das Wechselrecht läßt rücksichtlich des Systems zwei verschiedene Betrachtungsweisen zu. Es erscheint zunächst als eine allgemeine Form für Obligationen, bei denen eine Summe geschuldet wird; es kann aber auch als ein einzelnes Geschäft

---

wenn Einert a. a. O. Cap. 1 diese Function des Wechsels zum juristischen Princip erheben will (dieß wird jetzt auch vertheidigt von Brauer d. Deutsche Wechselordnung 1849 S. 12 flg. und Archiv f. Wechselr. 3. Bd. S. 297). Der Wechsel ist nicht bloß deshalb kein Papiergeld, weil er keinen Zwangscours hat (Thöl a. a. O. S. 32 Note 1), sondern namentlich deshalb, weil er die Urkunde über ein einzelnes Rechtsgeschäft von Privaten ist, was eigentliches Geld oder Geldsurrogat niemals sein kann. S. auch Liebe a. a. O. S. XXI flg. Auch ist es unrichtig, zu sagen, daß die D. W.-O. jenes Princip angenommen habe, indem sie es vielmehr (trotz aller Begünstigung des Wechsels als circulationsfähigen Papiers) durch Ausschluß des Blancowechsels ausdrücklich verwirft. Ueber die leitenden Gesichtspuncte der D. W.-O. verbreitet sich auch Biener wechselr. Abh. (1859) S. 446 flg.

3) Früher hielt man die formelle Wechselstrenge, namentlich den Personalarrest, mit Unrecht für die alleinige Wechselstrenge. S. dagegen Einert a. a. O. S. 14 flg. Thöl a. a. O. §. 149. Ueber den Wechselproceß und die Grundsätze vom Personalarrest muß auf die Proceßlehre verwiesen werden.

betrachtet werden, insofern der Wechselvertrag durch den Umstand, daß der materielle Obligationsgrund hier ganz außer Ansatz bleibt, die Abgeschlossenheit eines selbstständigen Vertrags erlangt hat.

1) Begriff und Arten des Wechsels.

§. 206.

Wechsel bezeichnet sowohl das Wechselversprechen, d. h. ein Summenversprechen ohne Gegenversprechen, als die Wechselform, die Schrift[1]). Diese ist entweder die Form einer Tratte, d. h. eines Wechselversprechens mit Zahlungsauftrag, oder die eines eigenen (trockenen) Wechsels. Das Wechselversprechen kann ein dreifaches sein, das eines Trassanten (oder Indossanten), eines Acceptanten und des Ausstellers eines eigenen Wechsels. Bei der Tratte richtet Jemand (Trassant) an einen Andern (Trassat) den Auftrag, dem Wechselinhaber (Remittent) zu zahlen, und verspricht, selbst zu zahlen, wenn der Zahlungsauftrag unerfüllt bleibe; die Annahme des Zahlungsauftrags durch den Trassaten ist das Wechselversprechen des Acceptanten an den Wechselinhaber. Bei dem eigenen Wechsel verspricht Jemand selbst, ohne Zahlungsauftrag, an den Wechselnehmer zu zahlen. Nicht immer entspricht aber die Form dem Charakter des Wechselversprechens, und es ist möglich, daß ein eigener Wechsel die Form der Tratte, eine Tratte die Form des eigenen Wechsels empfängt[2]); jenes ist namentlich der Fall bei den

---

1) Thöl a. a. O. §. 151.

2) z. B. domicilirte eigene Wechsel.

eigen-trassirten Wechseln[3]) und bei den Wechseln auf eigene Ordre[4]).

2) Wechselfähigkeit.

§. 207.

Gegenstand eines Wechsels kann nur eine Geldschuld sein. Die Fähigkeit, aus einem Wechsel berechtigt zu werden, unterliegt keiner Beschränkung. Wechselrechtliche Verbindlichkeiten zu übernehmen, wurde früher als das besondere Recht einzelner Personenclassen betrachtet[1]); heutzutage[2]) steht es

---

3) Vorausgesetzt wird jedoch nach der D. W.-O. §. 6, daß die Urkunde die Form einer wahren Tratte hat und nicht die eines eigenen Versprechens (sonst wäre es ein domicilirt-eigener Wechsel), und daß ein anderer Zahlungsort (d. h. Gemeindebezirk) als der der Ausstellung genannt ist. Ein solcher Wechsel steht der Tratte auch in Hinsicht auf Protesterhebung, Notification, Verjährung u. s. w. gleich; nur ändert sich dieß natürlich, wenn der Trassant zugleich Acceptant ist. Der Umstand, daß die Identität des Trassanten und Trassaten auf dem Wechsel selbst zu erblicken ist, ist ohne Bedeutung. S. Fick der trassirt-eigene Wechsel 1853.

4) Dieß ist ein eigener Wechsel des acceptirenden Trassaten („Zahlen Sie an meine eigene Ordre die Summe von" u. s. w.). Deutsche W.-O. §. 6.

1) Die Wechselordnungen hatten ein verschiedenes Princip, jenachdem sie entweder die Wechselfähigkeit als Regel anerkannten, die aber durch vielfache Ausnahmen beschränkt wurde (namentlich Geistliche, Soldaten, Staatsdiener, Handwerker und Bauern, Frauen, Minderjährige und Hauskinder, juristische Personen, Gesandte u. s. w.), welche im einzelnen Falle nach manchen Gesetzen durch Dispensation gehoben werden konnten (Weimar. Wechselordn. §. 2); oder als Ausnahme (z. B. Hannov. Wechselordn. §. 3, Pr. Landr. II, 8 §. 715 flg. Würtemb. W.-O. Cap. 2).

2) Deutsche W.-O. §. 1: „Wechselfähig ist Jeder, welcher sich durch Verträge verpflichten kann." Jedoch hat dieses Princip (namentlich in Folge des Vorbehaltes des §. 2) bei der Publication der D. W.-O. in den einzelnen Staaten wieder mancherlei Modificationen erfahren. — Ein Wechsel ist demnach nichtig, wenn er von einer Person ausgestellt ist, welche keine Dispositionsbefugniß hat. Bei Personen, welche nur für bestimmte Geschäfte beschränkt sind,

Jedem zu, der sich zur Zeit der Ausstellung des Wechselversprechens[3]) überhaupt privatrechtlich verpflichten kann. Der von einem Unfähigen ausgestellte Wechsel ist als solcher ungültig[4]); nicht aber sind dieß deshalb auch die weiteren an und für sich gültigen Wechselversprechen, welche sich an jenen anschließen[5]). Nicht passive Wechselunfähigkeit, sondern nur eine Beschränkung der Wirkung der Wechselstrenge wird durch die Bestimmung des deutschen Wechselrechts begründet, daß gegen manche Personen der Personalarrest wegfällt, nämlich 1) gegen die Erben eines Wechselschuldners, 2) gegen juristische Personen, Actiengesellschaften und Solche, welche durch Wechselversprechen ihrer wegen Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung für sie bestellten Curatoren verpflichtet wurden, 3) gegen Frauen, welche keinen Handel und Gewerbe treiben[6]). Endlich ist im §. 2 der D. W.-O. der Particulargesetzgebung nachgelassen, die Vollstreckung der

---

kann die Gültigkeit eines ausgestellten Wechsels nur insofern angefochten werden, als der letztere im einzelnen Falle gerade dazu dienen sollte, ein Geschäft dieser Art zu verdecken, und zwar kann dieß sogar im Wechselprocesse geschehen, wenn das Verhältniß sofort liquid gemacht werden kann; freilich nur gegenüber denjenigen Personen, gegenüber welchen das anfechtbare Rechtsverhältniß bestand, nicht auch gegenüber den späteren Inhabern des Wechsels. Ebenso ist die Restitution eines Minderjährigen gegen eine Wechselverbindlichkeit nicht unzuläſsig. S. Liebe deutsche W.-O. (1848) S. 37 flg.

3) Spätere Wechselfähigkeit kann einen wegen ehemaliger Wechselunfähigkeit des Ausstellers ungültigen Wechsel nicht gültig machen.

4) Die Urkunde ist kein Wechsel, ob aber ein sonst wirksamer Schuldschein, hängt von der Natur des besonderen Falls ab. Inconsequent ist es, wenn particuläre Wechselordnungen nur einzelne Wirkungen der Wechselstrenge bei Wechseln Unfähiger wegfallen lassen. Thöl a. a. O. S. 155.

5) D. W.-O. §. 3.

6) D. W.-O. §. 2.

Wechselhaft gegen gewisse Personen aus Gründen des öffentlichen Rechts auszuschließen*).

3) Vom trassirten Wechsel.

a) Ueberhaupt.

§. 208.

Der Aussteller einer Tratte giebt dem Trassaten einen Zahlungsauftrag für den Wechselnehmer (Remittenten). Der eigentliche Zweck der Tratte ist daher die Zahlung des Trassaten an den Wechselinhaber; erst wenn diese nicht erfolgt, tritt die Verpflichtung des Trassanten aus dem Begebungsvertrage, nämlich zur Zahlung der Regreßsumme ein. Zwischen dem Trassaten und dem Wechselinhaber wird erst durch die Acceptation eine wechselrechtliche Verpflichtung begründet. Die der Tratte zu Grunde liegenden Verhältnisse, nämlich die Entschädigung des Trassanten für dessen Wechselversprechen: die Valuta, und die Entschädigung des Trassaten für dessen Accept und Zahlung: die Deckung, von denen die erstere der Wechselnehmer, die letztere regelmäßig der Trassant zu leisten hat, stehen außerhalb der Wechselverbindung und sind in dem Bereiche des übrigen Obligationenrechts begründet[1]).

---

*) Von dieser Befugniß hatten manche Particulargesetze einen zu weit gehenden Gebrauch gemacht; jedenfalls bestand darüber die größte Verschiedenheit in Deutschland. Die Nürnberger Commission hat nun die Gränzen der Exemtionen festgestellt, bis zu welchen eine Landesgesetzgebung vorschreiten darf (aber nicht auch gerade soll).

1) Diese Verhältnisse können der verschiedensten Art sein; besonders häufig liegen Schuldverhältnisse zu Grunde, z. B. der Trassant ist Schuldner des Wechselnehmers und Gläubiger der Trassaten, so daß Valuta und Deckung in der Befreiung von einer Schuld bestehen. Thöl a. a. O. §. 156. Weder die Klage des Trassanten gegen den Wechselnehmer auf Zahlung der Valuta, noch die obligatorischen Ver-

Die wesentlichen [2]) Erfordernisse einer Tratte sind 1) die Bezeichnung des Papiers mit dem Worte Wechsel*), 2) die Angabe der Wechselsumme [3]), 3) Bezeichnung der Person

---

hältnisse zwischen dem Trassanten und Trassaten haben wechselrechtlichen Charakter.

2) D. W.-O. §. 4. Das Wesentlichste bei jeder Tratte ist der Zahlungsauftrag; dieser ist im Text nicht genannt, weil sein Mangel den Begriff der Tratte ganz ausschließt.

*) Eine eigenthümliche Art von Wechseln sind die in neueren Particulargesetzen eingeführten s. g. kaufmännischen Anweisungen, denen im Wesentlichen alle Wirkungen der Tratte beigelegt werden, bis auf den Wechselarrest und den Regreß Mangels Annahme. Man kann sie daher systematisch als eine eigenthümliche Art von Tratten ohne das Erforderniß der Bezeichnung als Wechsel auffassen. Die gesetzliche Anerkennung dieses Instituts, durch welches die Wirksamkeit des Wechselinstituts eine bedeutende Beeinträchtigung erfahren würde, ist äußerst bedenklich. Ladenburg die Anweisung und der gezogene Wechsel 1858.

3) Lautet die mit Buchstaben geschriebene Summe anders als die mit Zahlen bezeichnete, so gilt zunächst die mit Buchstaben angegebene, und wenn der Zweifel dadurch nicht gelöst wird, die geringere, weil allein liquide. Thöl §. 161, 6. D. W.-O. §. 5. — Bestritten ist, ob ein Wechsel gültig ist, in welchem ein Zinsversprechen vorkommt. Bei Tratten war ein solches von jeher ungewöhnlich, nicht aber bei eigenen Wechseln. Die D. W.-O. schweigt darüber. (Aus der Ablehnung des §. 88 des Preuß. Entwurfs kann nicht auf eine stillschweigende Erklärung geschlossen werden, zumal da sich die Motive der Protokolle S. 160 flg. gar nicht auf die Frage beziehen.) Manche lassen das Zinsversprechen zu; Manche erklären es für ungültig; Manche lassen den ganzen Wechsel als nichtig erscheinen. Die letzte Ansicht ist wohl die richtige. Denn die Zufügung eines Zinsversprechens steht mit der rechtlichen Natur des Wechsels im Widerspruche. Das Wechselversprechen ist ein abstractes Zahlungsversprechen, das keine weiteren obligatorischen Triebe, aus denen Zinsen hervorgehen könnten, in sich trägt. Die Wechselsumme ist eine abgeschlossene, nicht eine summa crescens. So auch der principale Vorschlag der Nürnberger Commission, freilich auch mit dem eventuellen Vorschlage des Satzes, daß das Zinsversprechen nur für nicht geschrieben gelte.

oder Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll[4]), 4) die Bestimmung der Zahlungszeit, welche für die ganze Geldsumme nur eine und dieselbe sein darf*). Sie kann sein theils ein bestimmter Tag[5]), theils eine nach dem Datum des Wechsels zu berechnende Zeit (Datowechsel)[6]), theils der Tag der Präsentation oder ein nach ihr zu bestimmender Zeitpunct (Wechsel auf oder nach Sicht[7])), theils die Zeit einer Messe oder eines Marktes (Meß- oder Marktwechsel[8])), 5) die Unterschrift des Trassanten mit seinem Namen oder seiner Firma, 6) die Angabe des Namens oder der Firma des Trassaten, 7) die Angabe des Orts, Mo-

---

4) Daher sind nach der D. W.-O. sowohl Blancowechsel als auch Wechsel au porteur ausgeschlossen.

*) So der Zusatz der Nürnberger Commission.

5) Häufig ist die Bezeichnung: primo oder medio oder ultimo (Januar); medio sollte nach der Verschiedenheit der Monate bald der 16., bald der 15. oder 14. des Monats sein, nach der D. W.-O. §. 30 aber immer der 15. Ist die Zahlungszeit auf Anfang oder Ende eines Monats gestellt, so ist darunter der erste oder letzte Tag desselben zu verstehen (Zus. d. Nürnb. Comm. zu Art. 30). — Da die Wechselordnung die Festsetzung eines bestimmten Tags als Zahlungszeit fordert, so ist damit ausgesprochen, daß ein Wechsel ungültig ist, der auf Kündigung gestellt ist. S. Archiv für Wechselrecht Bd. 2 S. 329. Protolle der D. W.-O. S. 160 und 161.

6) Jedoch wird bei dieser Frist der Tag der Ausstellung nicht mit gerechnet. D. W.-O. §. 32, 1.

7) Jedoch muß bei Sichtwechseln die Präsentation zur Zahlung längstens binnen zwei Jahren nach der Ausstellung geschehen. D. W.-O. §. 31.

8) Enthalten die Particularrechte keine nähere Bestimmung hierüber, so soll nach der D. W.-O. §. 35 die Zahlungszeit der dem gesetzlichen Schlusse der Messe vorausgehende Tag sein. — S. über dieses Alles Thöl §. 164 — 170. Durch die D. W.-O. ist sowohl der Usowechsel, bei welchem die Fälligkeit durch die an einem Orte bestehende Usance bestimmt werden sollte, als auch der Wechsel a piacere abgeschafft.

natstags und Jahrs der Ausstellung und 8) des Zahlungsortes, als welcher der bei dem Namen des Trassaten angeführte angesehen wird[9]), wenn sich keine weitere desfallsige Angabe findet; der Zahlungsort ist gewöhnlich, aber nicht nothwendig, ein vom Orte der Ausstellung verschiedener (Distancewechsel im Gegensatz der Platztratten). Ist ein anderer Zahlungsort bestimmt, als der angegebene Wohnort des Trassaten, so hat dieß die Bedeutung, daß der Trassat die Zahlung nur vermitteln und durch einen von ihm zu benennenden Dritten (Domiciliaten) am angegebenen Zahlungsorte (Domicil) bewirken soll; solche Wechsel heißen domicilirte Wechsel[10]). — Fehlt es an einem der genannten wesentlichen Erfordernisse, so hat die Schrift nicht die rechtliche Wirkung einer Tratte, und es sollen sogar die selbstständigen und an und für sich formrichtigen darauf ge-

9) D. W.-O. §. 4 Nr. 8.

10) D. W.-O. §. 24 u. 43. Ueber das Rechtsverhältniß im Einzelnen s. Thöl §. 278. Deckung ist der Trassant nur dem Trassaten schuldig, und dieser hinwiederum dem Domiciliaten. Ist der Domiciliat in der Tratte schon genannt, so muß zuerst diesem am Zahlungsorte zur Zahlung präsentirt, eventuell hier Protest erhoben werden. Ist kein Domiciliat genannt, so kann zunächst beim Trassanten zur Nennung desselben präsentirt werden (dieß darf auch als nothwendig vorgeschrieben werden). Er kann sich selbst als Domiciliaten bezeichnen (z. B. in der Form der Accepts). Ueberhaupt gilt der Trassat als Domiciliat, wenn von ihm die Nennung des Letzteren nicht erfolgt oder gar nicht gefordert zu werden brauchte. Alsdann wird dem Trassaten an dem genannten Domicil zur Zahlung präsentirt und hier Protest erhoben u. s. w. (vgl. §. 211 N. 11). — Ist ein Domiciliat schon im Wechsel genannt, und der Trassat acceptirt doch noch ausdrücklich, so soll dieß nach einem Gewohnheitsrechte die Wirkung haben, daß der Trassat regreßpflichtig sein wolle. Thöl S. 452. — Kein domicilirter Wechsel ist es, wenn erst der Trassat einen andern Zahlungsort genannt hat. — S. jetzt Northoff im Arch. für Wechselr. 9 S. 105 flg.

setzten weiteren Erklärungen (Accept, Indossament u. s. w.) der Wechselkraft entbehren [11]).

Eine Tratte kann in mehreren Exemplaren, in Duplicaten ausgestellt werden, so daß jedes die Bezeichnung als Prima, Secunda und Tertia empfängt (im Gegensatz des Sola-Wechsels); dieß geschieht zur Sicherung und Erleichterung des Geschäfts, und der Wechselinhaber kann es vom Aussteller der Tratte fordern [12]). Ist ein Exemplar zum Accept versandt, so müssen die übrigen die Angabe der Person enthalten, welche jenes besitzt und dem Legitimirten zur Herausgabe verpflichtet ist; dem Inhaber eines Exemplars steht gegen den nicht berechtigten Besitzer des andern jedenfalls eine Editionsforderung, unter Umständen auch eine Vindication zu [13]). Durch Bezahlung eines Exemplars erlischt die Wechselkraft aller übrigen; dieß ist jedoch nicht der Fall, wenn Jemand mehrere Exemplare an verschiedene Personen indossirte, und wenn sich der Acceptant mehrerer Exemplare bei der Zahlung eines die übrigen acceptirten Duplicate nicht zurückgeben ließ [14]). — Die Erleichterung im Betriebe eines

11) D. W.-O. §. 7. Denn hier liegt jedenfalls eine ganz ungültige Urkunde als Basis vor (im §. 3 der W.-O. ist der ähnliche Fall, wo ein Wechselunfähiger den Wechsel ausstellt und später Wechselfähige Indossamente u. s. w. anknüpfen, anders entschieden. Ein Unterschied dieser beiden Fälle ist nicht zu verkennen). Ueber den weitern Inhalt einer Tratte, dessen Dasein jedoch nichts Wesentliches ist, z. B. Angabe der Valuta („Werth in Rechnung", „Werth erhalten"), der Deckung („stellen Sie es in Rechnung"), des Avis („laut Bericht", „ohne Bericht") u. s. w. siehe Thöl §. 163.

12) D. W.-O. §. 66—72. Ueber die verschiedenen Arten des Gebrauchs von Wechselduplicaten s. Thöl §. 280 flg. Einert a. a. O. S. 400 flg. Jolly im Arch. f. Wechselr. Bd. 3 S. 1 flg. und S. 241 flg.

13) Jolly a. a. O. S. 22. 36. 51 flg.

14) Der erste Fall ist leicht erklärlich; denn Derjenige, welcher

Wechselgeschäfts kann oft auch durch eine Wechselcopie erreicht werden, welche gültig indossirt werden darf, aber die Angabe der Gränze des Copirten und der Person enthalten muß, bei welcher das Original zu finden ist[15]).

b) Wechselvertrag.

§. 209.

Dem Wechselvertrage gehen in der Regel Verhandlungen voraus, welche theils die materiellen Grundlagen des Wechselgeschäfts (Valuta) betreffen, theils die Ausstellung des Wechsels vorbereiten; dieß ist der Wechselschluß, der bald als selbstständiger Vertrag, bald als Theil eines andern vorkommt. Aus dem Wechselschluß, über den häufig eine besondere Urkunde (Interimsschein) aufgenommen wird, entsteht für den Trassanten eine jedoch nicht wechselrechtliche Forderung auf Leistung der Valuta[1]), für den Trattennehmer das Recht auf Lieferung eines richtigen und der bedungenen Form entsprechenden Wechsels[2]).

---

an mehrere Personen indossirt, giebt in der That mehrere verschiedene Wechselversprechen. Der zweite, der nach einem entschiedenen Handelsgebrauche und dem §. 67 der D. W.-O. so wie im Texte entschieden werden muß, würde abgesehen hiervon anders beurtheilt werden müssen. Denn sowie die Duplicate nur mehrere Originalurkunden einer obligatio sind, so sind es auch die mehreren Accepte; durch Bezahlung eines einzigen, sollte man meinen, wären auch die übrigen Accepte unwirksam gemacht. Uebrigens geht aus der Bestimmung der D. W.-O. nicht auch zugleich ein Recht des Acceptanten hervor, seine Bezahlung von der Aushändigung der übrigen Accepte abhängig zu machen. Jolly S. 25. Er kann sich indessen gegen die Inhaber anderer Accepte unter Umständen durch die exceptio doli schützen.

15) D. W.-O. §. 70 flg. Einert S. 417.

1) Wenn der Interimsschein in Wechselform ausgestellt ist (Interimswechsel), so ist freilich auch die Valutaforderung eine wechselrechtliche.

2) Der zu liefernde Wechsel muß im Allgemeinen, wenn nichts

Der eigentliche Wechselvertrag ist seiner inneren Natur nach ein Summenversprechen und zwar ohne Gegenversprechen; es wird nicht ein Schuldversprechen gegeben, da die unterliegenden materiellen Obligationsgründe außerhalb des Wechselvertrags liegen, und kein Gegenversprechen, denn der Wechselnehmer wird durch den Wechselvertrag nur berechtigt, nicht verpflichtet[3]). Ein solches Versprechen ohne causa debendi ist ausnahmsweise in der Form des Wechsels gültig[4]). Seiner äußeren Erscheinung nach ist der Wechselvertrag ein Formvertrag (Geben und Nehmen des Wechsels). Der Wechselvertrag kommt bei Tratten in einer dreifachen Anwendung vor, 1) zwischen dem Trassanten und Wechselnehmer, 2) zwischen dem Indossanten und Indossatar (Begebungsverträge), 3) als Verpflichtung des Acceptanten (Acceptationsvertrag). Der Wechselvertrag hat seine eigen=

Besonderes ausgemacht ist, den besonderen Interessen des Wechselnehmers entsprechen; mithin braucht er nicht immer ein vom Trassanten selbst ausgestellter Wechsel zu sein.

3) Denn die Verpflichtungen zur Erhebung von Protesten u. s. w. sind keine dem Wechselversprechen analogen Verbindlichkeiten, sondern conditiones juris.

4) Dieses allein richtige Princip, welches zuerst eine rechtswissenschaftliche Begründung des Wechselinstituts ermöglicht hat, ist das zuerst von Liebe und Thöl a. a. O. §. 181 flg. ausgeführte. Ueber die mannigfaltigen andern Versuche, die Natur des Wechsel=, besonders des Begebungsvertrags zu construiren, s. Thöl §. 215 u. 216. Der Ausdruck „Summenversprechen" im Gegensatze eines Schuldversprechens ist ein von Thöl gut gewähltes Wort für cautio indiscreta, in welcher die Zahlung einer Geldsumme versprochen wird. — Unter den mancherlei neueren Versuchen, die Natur des Wechselverhältnisses anders zu erklären, verdient namentlich der von Kuntze und Andern gemachte hervorgehoben zu werden, den Wechselvertrag ganz zu läugnen und dafür einen s. g. einseitigen „Creationsact" unter Personificirung des Wechsels zu substituiren. S. dagegen die gute Ausführung Ladenburg's im Arch. für Wechselr. 9. Bd. S. 340 u. 11. Bd. S. 391 flg.

thümliche Form; er entsteht durch das Geben und Nehmen der Wechselurkunde, welche das Wechselversprechen enthält. Der Inhalt des Acceptationsvertrags ist das Versprechen der Wechselsumme; der Inhalt des Begebungsvertrags ist das Versprechen der Regreßsumme[5]), d. h. das Versprechen, daß der Trassant oder Indossant im Falle der Nichtzahlung des Trassaten den Courswerth der Wechselsumme nebst Unkosten zahlen werde. Dagegen enthält der Begebungsvertrag nicht auch das Versprechen des Accepts Dessen, auf welchen der Zahlungsauftrag lautet.

c) Das Indossament (Giro).

§. 210.

Das Recht aus einem Wechsel kann durch Cession auf einen andern übertragen werden[1]). Die Uebertragung der Remittentenrechte kann aber auch, und dieß ist die Regel, durch einen von der Cession ganz verschiedenen Act, durch das Indossament geschehen. Dieß ist die auf dem Rücken des Wechsels oder der Allonge[2]) angebrachte Erklärung, daß der Wechselinhaber (Indossant) seinen Wechsel einem neuen Berechtigten (Indossatar) begebe. Das Indossament hat die Form eines weiteren Zahlungsauftrags (gewöhnlich in der abgekürzten Form: „Für mich an —“), mit der Unterschrift des Indossanten, welche auch ohne Beglaubigung als echt vermuthet wird, und dem Namen des Indossatars; jedoch kann dieser letztere zur beliebigen Ausfüllung ausgelassen

---

5) Dieser Inhalt liegt nicht in den Worten der Tratte, welche zunächst nur einen Zahlungsauftrag enthalten; die Annahme jenes Versprechens ist aber eine durch Gewohnheitsrecht und positives Recht unzweifelhafte Interpretation. Ueber den Inhalt der Regreßsumme s. unten.

1) S. Thöl §. 227.

2) D. W.=O. §. 11.

bleiben, ja es genügt sogar zu einem gültigen Indossamente die bloße Unterschrift des Indossanten (Blancoindossament[3])). Berechtigt zum wirksamen Indossament ist sowohl der Remittent, als auch der Indossatar, sofern nicht die Tratte oder das Indossament das weitere Begeben durch beschränkende Worte, wie „nicht an dessen Ordre" ausschließt[4]).

Das Indossament ist eine neue Tratte, d. h. ein neues Wechselversprechen mit einem neuen Zahlungsauftrag, aber mit Wiederholung des Inhalts der alten Tratte[5]). Der In-

3) D. W.-O. §. 12 und 13.

4) D. W.-O. §. 15 und §. 9 verglichen mit §. 4 Nr. 3. Hierdurch ist also (mittelst Legalinterpretation) festgestellt, daß die Begebbarkeit eines Wechsels nicht von dem Dasein der Worte „oder an dessen Ordre" in der Tratte und dem Indossamente abhängt, sondern daß diese Eigenschaft schon den Rectawechseln und Rectaindossamenten zukommen solle. Dieß ist singulär; denn es läßt sich civilistisch nicht construiren, daß das Ausstellen und Acceptiren eines Rectawechsels Originalverbindlichkeiten gegen einen andern Berechtigten erzeugen könne, als den, welchem das Wechselversprechen geleistet wurde. Nur beim Ordrewechsel verpflichtet sich der Trassant und Acceptant auch Denjenigen, an welche der Wechsel vom ursprünglichen Nehmer weiter begeben wird. Thöl §. 239 und 241. — Die Begebbarkeit muß also ausdrücklich ausgeschlossen werden, wenn dieß in der Absicht des Trassanten liegt; die Wirkung ist dann, daß ein dessenungeachtet geschehenes Indossament dem Indossatar weder gegen den Acceptanten noch gegen den Trassanten oder andere Vormänner Wechselbefugnisse verleiht; ob indessen nicht wenigstens die Befugnisse eines Cessionars? ist nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Anders ist es in dem Falle, wenn bloß ein Indossant die Begebbarkeit ausgeschlossen hat; hier haben diejenigen Indossatare, welche auf den nächsten nach dem die Girirung ausschließenden Indossanten folgen, volle Wechselrechte, nur nicht gegen den Letzteren; oder m. a. W.: das Verbot des Indossanten hat nur die Wirkung, daß er nur seinem Indossatar haftet. D. W.-O. §. 15.

5) Durch diesen lichtvollen Gedanken Thöl's §. 232, ist das so oft falsch gedeutete Wesen des Indossaments mit einem Male erklärt worden. Gegen die unrichtige Ansicht, das Indossament sei eine Cession oder Bürgschaft (Einert S. 137), s. Thöl §. 231.

dossatar hat zunächst gegen den Trassaten und Acceptanten die Rechte seines Indossanten, diese aber als eigene Rechte, so daß ihm nicht die Einreden gegen die Person des Indossanten entgegenstehen. Der Indossatar hat ferner gegen seinen Indossanten (sofern das Indossament nicht mit dem Zusatze „frei von Obligo" gegeben wurde[6]) das Recht auf die Regreßsumme. Dieß Recht steht ihm auch gegen alle weiteren Vormänner und zwar als ein eigenes Recht zu[7]); bei seiner Ausübung ist er an die Reihenfolge der Indossamente nicht gebunden (springender Regreß), und hat auch freie Wahl zwischen der Klage gegen den Acceptanten und der gegen die Vormänner[8]). Vorausgesetzt ist hierbei, daß der Wechsel zur Zeit des Indossaments noch seine volle Wechselkraft besaß; geschah das Indossament erst nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist, so gewährt es zwar die Rechte gegen den Acceptanten, aber Regreßrechte nur gegen Diejenigen, welche nach Ablauf jener Frist indossirten; geschah das Indossament, nachdem schon Protest Mangels Zahlung erhoben war, so hat der Nachindossatar sowohl gegen die Vormänner als gegen den Acceptanten keine selbstständigen Rechte, sondern nur die des Nachindossanten, und gegen diesen selbst keinen wechselmäßigen Regreß[9]).

6) D. W.=O. §. 14.

7) Vorausgesetzt, daß die Reihenfolge der Indossamente nicht unterbrochen wird durch ein mit der Clausel „nicht an dessen Ordre", oder „ohne Obligo" versehenes, welches dann entweder übersprungen oder wenigstens nach anderen Grundsätzen (Not. 4) behandelt wird.

8) D. W.=O. §. 49 und 81. In früheren Wechselordnungen war häufig der regressus per saltum und das jus variandi ausgeschlossen; der mittelbare Vormann konnte dann nur angegangen werden, wenn Contraprotest erhoben, d. h. bewiesen war, daß der Regreß gegen die unmittelbaren Vormänner unwirksam gewesen sei.

9) D. W.=O. §. 16. S. aber Thöl §. 245. Den letzteren Fall

Ein Indossament „zur Eincassirung" oder „in Procura" überträgt nicht das Recht aus dem Wechsel, sondern bevollmächtigt nur zur Vornahme der zur Realisirung des Wechsels nothwendigen Handlungen im Namen des Indossanten [10]).

d) Acceptation des Wechsels.

§. 211.

Die Tratte enthält einen Zahlungsauftrag, ein Mandat an den Trassaten. Dieß ist zunächst in der begebenen Tratte, dann aber auch ausführlicher in dem Avisbrief enthalten, welchen der Trassant zur Sicherung der Acceptation und Zahlung des Wechsels (besonders durch Angabe des Deckungsverhältnisses) an den Trassaten zu senden pflegt [1]). Nimmt der Trassat den Zahlungsauftrag an, so schließt er zunächst mit dem Trassanten einen Mandatsvertrag; den Inhalt der dadurch übernommenen Verpflichtung macht er aber gleichzeitig zum Gegenstande eines selbstständigen Versprechens an

---

behandelt die D. W.-O. wie eine gewöhnliche Cession. Die Entscheidung des ersten Falls erklärt sich durch die Wirkung des Versäumnisses des Protestes; Diejenigen, welche nach Ablauf der Protestzeit indossirten, haben einen neuen Wechsel mit einem andern Verfalltage ausgestellt; der Acceptant des alten bleibt natürlich verhaftet, da durch Versäumung des Protestes nur eine Präjudicirung gegenüber den Regreßpflichtigen entsteht. Noch bleibt der Fall übrig, wenn nach dem Verfalltage, aber noch vor Ablauf der Protestzeit girirt wurde. Hier hat der Indossatar, wenn er noch rechtzeitig protestirt, alle Rechte aus dem Wechsel.

10) D. W.-O. §. 17.

1) Oft wird dessen Absendung vom Trassanten im Wechselschluß übernommen. Auf dem Wechsel selbst wird dieß angedeutet durch die Worte „laut Bericht" u. s. w. Kommt der Avis dem Trassaten vor der Acceptation zu, so darf er bei einem Widerstreite zwischen Avis und Tratte sich nur an die Bestimmung des erstern halten. Thöl §. 193.

den Wechselinhaber, und zwar eines Wechselversprechens, da das Deckungsverhältniß hier außer Ansatz bleibt. Häufig wird diese ganze juristische Wechselbeziehung in demselben Momente geschlossen, in welchem sie auch wieder gelöst wird, wenn nämlich der Trassat auf geschehene Präsentation dem Wechselinhaber sofort Zahlung leistet. Oft aber geschieht es auch, daß der Abschluß dieser Verträge durch bloße Acceptation vorausgeht.

Die Acceptation leitet die Präsentation des Wechsels an den Trassaten ein, welche im Geschäftslocal des Letztern an einem Werktage geschehen muß [2]). Zur Annahme präsentiren darf jeder Inhaber des Wechsels, und zwar nach Belieben sofort nach dessen Empfang [3]) oder später. Verpflichtet hierzu ist der Remittent an und für sich nicht [4]), ausgenommen bei Wechseln, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten; diese müssen in Ermangelung besonderer Bestimmungen spätestens binnen zwei Jahren nach der Ausstellung präsentirt werden [5]). Der Trassat kann nach freier

---

2) D. W.=O. §. 91 und 92. Bei domicilirten Wechseln kann sie bei Strafe des Regreßverlusts als nothwendig vorgeschrieben werden. D. W.=O. §. 24.

3) D. W.=O. §. 18, woselbst eine Ausnahme gemacht wird in Betreff der Meß = und Marktwechsel. — Hierin liegt das Princip der s. g. prompten Acceptation im Gegensatze der Bestimmung mancher frühern (z. B. der Augsburger) W.=O., wonach sich der Trassat immer erst einige Tage vor der Verfallzeit des Wechsels über dessen Annahme zu erklären brauchte. Eine Erneuerung solcher Bestimmungen durch Beifügung von Clauseln muß für nicht geschrieben gelten. Brauer im Archiv f. Wechselr. 3 S. 316 flg. (So auch der Zusatz der Nürnb. Commiss. zu Art. 18.) Ueber die Behandlung solcher Clauseln überhaupt s. Protocolle S. 62. 244.

4) Denn der Wechselnehmer hat in der Tratte keinen Acceptationsauftrag, sondern einen Zahlungsauftrag an den Trassaten. Thöl §. 200, Einert S. 161 flg.

5) D. W.=O. §. 19.

Wahl das Accept geben oder verweigern[6]), wenn er nicht durch ein dem Trassanten oder Wechselinhaber gegebenes Versprechen zur Annahme verpflichtet ist[7]). Die Annahme des Wechsels, der Acceptationsvertrag, ist dem Remittenten gegenüber ein Wechselvertrag, indem der Acceptant dem Letzteren die Zahlung der Wechselsumme nach Maßgabe des Zahlungsauftrags der Tratte verspricht[8]); die Form des Acceptationsvertrags ist das Geben und Nehmen des Wechsels, hier des Accepts, d. h. der auf dem Wechsel geschehenen schriftlichen Erklärung des Bezogenen, annehmen zu wollen, welche in der einfachen Namensunterschrift des Trassaten auf der Vorderseite der Tratte bestehen kann[9]). Dem Trassanten gegenüber ist die Acceptation kein Wechselvertrag, sondern nur die Annahme des Zahlungsauftrags; eine singuläre Bestimmung giebt aber dennoch dem Trassanten eine Wechselklage gegen den Acceptanten[10]). Die Acceptation verpflichtet den Trassaten, die Wechselsumme nach Eintritt

6) Selbst wenn er Schuldner des Trassanten ist. Immer aber muß er seine Erklärung sofort bei der Präsentation ertheilen. Gründe der Nichtacceptation braucht er nicht anzugeben.

7) Die Klage, welcher der Trassat dann verhaftet ist, geht auf das Interesse, hat jedoch keine Wechselkraft.

8) Der Zahlungsauftrag vertritt ganz die Stelle eines maßgebenden und bestimmenden Motivs für die Ertheilung des Versprechens. Vgl. über die richtige Auffassung des Acceptationsvertrags Thöl §. 203. Er ist weder eine Bürgschaft (Einert Wechselrecht S. 150. 180. 183 u. s. w.), noch ein dem Constitutum ähnliches Geschäft (Heise und Cropp Abhandl. 2. Bd. S. 12 No. 18).

9) D. W.-O. §. 21. Ueber die Folgen des Durchstrichs eines schon geschriebenen, aber noch nicht ausgehändigten Accepts s. Jacobi im Arch. f. Wechs. 10. Bd. S. 337 flg.

10) D. W.-O. §. 23. Heise in seinen und Cropp's jur. Abhdl. 2. Bd. Nr. 1. S. dagegen die treffende Ausführung Thöl's §. 205, und Gelpcke Zeitschr. für Handelsr. I S. 147 flg. Liebe deutsche W.-O. S. 100 flg.

des Verfalltags zu zahlen, und es steht ihm deshalb gegen den Wechselinhaber weder eine aus dem Mangel der Deckung oder der Valuta, noch aus einer erhaltenen Contreordre genommene Einrede zur Seite[11]).

Wird die Tratte nur bedingt oder mit sonstigen Einschränkungen acceptirt, so haftet zwar der Acceptant in dem Umfange der von ihm übernommenen Verpflichtung, der Wechselinhaber ist aber nicht gebunden, dieses modificirte Accept anzunehmen; wohl aber ist er dieß, wenn die Beschränkung des Accepts sich nur auf den Umfang der Wechselsumme bezieht, indem hier ein Theil der Tratte als wirklich acceptirt, ein anderer als nicht acceptirt angesehen werden soll[12]).

e) Zahlung.

§. 212.

Die Zahlung wird vom Wechselinhaber eingeleitet durch Präsentation des Wechsels bei dem Bezogenen; diese ist ein Zahlungs**antrag** gegenüber dem Trassaten, eine **Forderung** gegenüber dem Acceptanten[1]). Die Präsentation muß im Geschäftslocal des Bezogenen und an einem Werktage geschehen. Sie kann vorgenommen werden vom Verfalltage des Wechsels an, welcher in der Regel auch die Zahlzeit des Wechsels ist[2]); dem Trassaten steht es frei, die Wechsel-

---

11) Wohl aber befreit den Acceptanten bei Domicilwechseln die Versäumung der Erhebung des Protestes beim Domiciliaten. D. W.-O. §. 43.

12) D. W.-O. §. 22.

1) Zur Erhaltung des Rechts gegen den Acceptanten ist die Präsentation nicht nothwendig. D. W.-O. Art. 44.

2) Auch jetzt noch kann die Zahlzeit von der Verfallzeit verschieden sein, obschon die Respecttage aufgehoben sind (D. W.-O. §. 33), s. dar-

summe auf Kosten des Wechselgläubigers gerichtlich zu deponiren, wenn die Präsentation am Verfalltage unterbleibt und die zur Erhebung des Protestes bestimmte Frist abgelaufen ist[3]). Der Verfalltag bestimmt sich nach dem Inhalt der Tratte (§. 208); bei Sichtwechseln ist er der Tag der Präsentation, welcher jedoch in Ermangelung anderweiter Bestimmungen binnen zwei Jahren nach der Ausstellung gewählt sein muß; bei Wechseln, welche mit dem Ablauf einer bestimmten Frist nach Sicht oder Dato fällig sind, ist der Verfalltag der letzte Tag Frist, wobei aber der Tag der Ausstellung des Datowechsels und bei Sichtwechseln der Tag der Präsentation zur Annahme nicht mitgezählt wird[4]).

Nur der zum Empfang der Zahlung Legitimirte kann die Zahlung fordern und der Präsentat hat diese Legitimation zu prüfen. Bei Blanco-Indossamenten ist der Inhaber legitimirt, bei Indossamenten auf Namen Derjenige, welcher sich als Träger des Namens ausweisen kann, mit welchem der letzte Indossatar nach einer ununterbrochenen Reihe von Indossamenten bezeichnet ist*); die Echtheit der Indossamente braucht der Bezogene nicht zu prüfen[5]). Zur Zahlung verpflichtet ist der Präsentat nur gegen Aushändigung der quit-

---

über die D. W.-O. §. 93. Die Einhaltung des Verfalltags zur Zahlungspräsentation ist dem Trassaten gegenüber nicht nothwendig, wohl aber zum Zwecke des Regresses. In dieser Beziehung fordert die D. W.-O. §. 41 indirect die Präsentation am Verfalltage oder spätestens am zweiten Tage darauf, sofern er ein Werktag ist.

3) D. W.-O. §. 40.

4) D. W.-O. §. 30—32. 35.

*) Ueber eine laxe Kaufmannssitte s. Kuntze im 12. Bd. des Arch. f. W. S. 1 flg.

5) D. W.-O. §. 36. Ueber die einzelnen bei dieser Legitimationsprüfung vorkommenden Möglichkeiten, insbesondere die Frage, welche Zahlung zur Forderung späterer Deckung berechtige? s. Jolly im Archiv für Wechselrecht Bd. 2 S. 163 flg.

tirten Tratte nebst Indossamenten und Accepte[6]). Die Zahlung muß, wenn sie eine Baarzahlung ist und nichts Anderes bestimmt war[7]), in gangbarer Münzsorte und in der in der Tratte bezeichneten Art geschehen; Theilzahlungen kann der Präsentant nicht zurückweisen[8]).

f) Regreß[1]).

§. 213.

Der Trassant oder Indossant verpflichtet sich in dem Begebungsvertrage wechselrechtlich (d. h. durch ein Summenversprechen), den Werth der Wechselzahlung nebst Kosten dem Inhaber zu zahlen, wenn vom Trassaten keine Zahlung erfolgen sollte; dagegen verspricht er nicht auch das Accept des Trassaten, mithin auch nicht das Interesse der Nichtacceptation[2]). Wird nun die Acceptation auf eine vor dem Verfalltage geschehene Präsentation ganz oder trassirtermaßen verweigert, so ist zwar der Fall der Verpflichtung des Trassanten, zu zahlen, noch nicht eingetreten, aber doch ist der Wechselinhaber wegen der nun entstandenen Unwahrscheinlichkeit der künftigen Zahlung berechtigt, von seinen Vormännern Sicherstellung für den Erfolg der Tratte am Verfalltage und für die Rückerstattung seiner Kosten zu verlangen[3]). Dieß ist der s. g. Regreß

6) D. W.-O. §. 39. Thöl §. 192. S. oben §. 208 Note 13. Der Trassant leistet dem Trassaten nicht anders als gegen Aushändigung der Tratte die Deckung.

7) D. W.-O. §. 37.

8) D. W.-O. §. 38.

1) Ueber den Regreß wegen verweigerter Herausgabe des acceptirten Duplicats von Seiten des Präsentanten s. Jolly im Archiv f. Wechselr. 3 S. 241 flg.

2) S. §. 209 Note 5.

3) Dieß muß schon nach dem gemeinen Rechte anerkannt werden. S. Thöl §. 224.

Mangels Annahme, welcher auf Leistung einer Caution gegen beliebig auszuwählende oder alle Vormänner unter Aushändigung eines Mangels Annahme erhobenen Protestes[4]) gerichtet ist; die von einem Vormann geleistete Caution haftet nicht bloß dem Regreßnehmer, sondern allen regreßsuchenden Nachmännern[5]).

Die Verpflichtung des Trassanten oder Indossanten aus dem Begebungsvertrage tritt ein, wenn der Wechsel gehörig zur Zahlung präsentirt, diese aber nicht erlangt und Protest Mangels Zahlung erhoben worden ist. Der Protest ist die Bedingung des Wechselregresses, ein präjudicirter Wechsel giebt keinen Regreß[6]). Der Protest ist ein Zeugniß über die gehörige Präsentation und den Mangel der Zahlung, welches in der Form einer öffentlichen Urkunde von einer Gerichtsperson oder einem Notar aufgenommen ist[7]). Der Protest

---

4) Ueber die Form dieses Protestes (Zeugnisses) s. unten Note 7.

5) D. W.=O. §. 27. Die Caution kann zurückgefordert werden, wenn 1) der Wechsel später noch angenommen worden ist, 2) wenn binnen einem Jahre nach dem Verfalltage kein Regreß auf Zahlung erhoben, und 3) wenn die Wechselkraft durch Verjährung oder Zahlung erloschen ist. D. W.=O. §. 28. — Ueber die Cautionspflicht bei Unsicherheit, Insolvenz und Concurs des Acceptanten und den Securitätsprotest s. D. W.=O. §. 29. Thöl §. 225.

6) Die Form des Protestes gehört so wesentlich zur Ausübung des Regreßrechts, daß, wo sie ganz oder theilweise fehlt (der Wechsel präjudicirt ist), auch das Regreßrecht sowohl gegen den Trassanten als den Indossanten mangelt, ohne Rücksicht auf den Unterschied, daß das Fehlen des Protestes auf Zufall und vis major (Einert im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 1 S. 277 flg.), oder der Schuld des Wechselnehmers, oder gar der Schuld des Wechselgebers beruht. Aus dem präjudicirten Wechsel findet nur noch eine, jedoch nicht im Wechselprocesse durchzuführende Klage wegen einer zum Schaden des Klägers statt gefundenen Bereicherung statt. D. W.=O. §. 83 und unten §. 217 N. 9.

7) Protest bedeutet nicht Rechtsverwahrung, sondern Beweisurkunde, Zeugniß. Thöl §. 210 Note 2. Die große Zahl der bisweilen

muß aber ein rechtzeitiger sein, d. h. er kann zwar am Verfalltage selbst, muß aber spätestens am zweiten der darauf folgenden Werktage erhoben werden[8]). Es muß ferner der Inhaber des protestirten Wechsels die Nichtzahlung innerhalb zweier Tage nach dem Tage des erhobenen Protestes seinem unmittelbaren Vormann und dieser wieder seinem Vormann u. s. w. schriftlich notificiren; eine Unterlassung dieser Berichterstattung zieht eine Beschränkung des Regreßanspruchs auf die Wechselsumme als Strafe und eine Entschädigungspflicht gegen die dadurch benachtheiligten Vormänner nach sich[9]).

Gegen Aushändigung des (quittirten) Wechsels und des

---

aufgezählten Protestarten schwindet bei genauer Betrachtung auf zwei zusammen, den Securitätsprotest (dahin gehört der Protest Mangels Annahme und der wegen eingetretener Vermögensunsicherheit des Bezogenen. D. W.-O. §. 29) und den Protest Mangels Zahlung; die übrigen sind nur Species dieser beiden. (Namentlich also auch der s. g. Platzprotest, wenn der Bezogene nicht am Zahlungsorte zu treffen ist.) Die Form der Proteste ist nach der D. W.-O. §. 88 folgende: 1) der Protest enthält eine wörtliche Abschrift des Wechsels nebst Indossamenten und sonstigem Inhalte, 2) den Namen der Personen, für und gegen welche Protest erhoben wird, 3) Mittheilung des an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellten Begehrens, ihrer Antwort, oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben oder nicht anzutreffen gewesen, 4) Angabe des Orts und Datums des erfolglosen Antrags, 5) bei einer Ehrenannahme oder Ehrenzahlung die Erwähnung von wem, für wen, und wie sie angeboten und geleistet wird, 6) Unterschrift des Notars oder Gerichtsbeamten mit Beifügung des Amtssiegels.

8) D. W.-O. §. 41. S. oben die Note 1 des §. 212. Brauer im Archiv f. Wechselr. Bd. 2 S. 407 u. 3 S. 166. Haimerl und Mothes ebendas. Bd. 3 S. 86 flg.

9) D. W.-O. §. 45. Ueber den Beweis der Notification, welcher nicht gleich mit Erhebung der Regreßklage verbunden werden muß, s. das. §. 46. Dieses ist das mildere Notificationssystem gegenüber dem früheren strengeren System, welches den Verlust aller Wechselrechte androhte. Nach dem System der D. W.-O. ist auch die gleichzeitige Vorlage der Protesturkunde nicht nothwendig.

Mangels Zahlung erhobenen Protests kann der Wechselinhaber (sei dieß der letzte Indossatar oder ein Indossant, welcher den Wechsel einlöste) mittelst einer entweder gegen alle Vormänner zugleich, oder nur gegen einige oder einen nach freier Wahl[10]) gerichteten Wechselklage Zahlung der Regreßsumme fordern. Diese besteht in der Wechselsumme mit sechs Procent Zinsen vom Verfalltage, den Protestkosten und anderen Auslagen und einer Provision von $1/3$ Procent; alle diese Summen werden aber (wenn der Regreßpflichtige an einem andern Wohnorte als dem Zahlungsorte oder dem Wohnorte des Regreßnehmers wohnt) berechnet nach dem Course, den ein am Zahlungsorte oder dem Wohnorte des regreßnehmenden Indossanten auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat[11]). Es steht dem Regreßberechtigten frei, die Regreßsumme statt durch Klage durch einen s. g. Rückwechsel, welcher auf den Regreßpflichtigen gezogen wird, zu fordern, welcher jedoch auf Sicht zahlbar und unmittelbar (addritura) auf den Regressaten gestellt sein muß; diesen ist der Trassat zu honoriren verpflichtet, sofern ihm mit dem quittirten Rückwechsel zugleich der Protest und eine quittirte Retourrechnung eingehändigt werden[12]).

---

10) D. W.-O. §. 49. Alle Vormänner haften solidarisch. Ueber das jus variandi und den springenden Regreß s. oben §. 210 Note 8.

11) Jenachdem der Wechselinhaber regredirt, oder ein den Wechsel einlösender Indossant. D. W.-O. §. 50. 51. Die Berechnung der Regreßsumme geschieht in der s. g. Retourrechnung, welche der Regreßklage beigegeben wird. Ueber den Inhalt der Regreßsumme und die abweichenden Meinungen Anderer s. Thöl §. 213. Ueber die obige Bestimmung der D. W.-O. s. Siebenhaar im Archiv f. Wechselr. 1 S. 182 flg.

12) D. W.-O. §. 53. 54. Die Wechselsumme des Rückwechsels wird noch durch die etwa erforderlichen Mäkler- und Stempelgebühren erhöht.

g) Intervention.

§. 214.

Der Erfolg einer Tratte kann, wenn die Honorirung durch den Trassaten ausbleibt, durch Intervention herbeigeführt werden. Eine solche wird veranlaßt durch eine auf dem Wechsel selbst befindliche Nothabdresse, d. h. die Ertheilung eines Zahlungsauftrags an einen weiteren Trassaten, für den Fall, daß der erste nicht honorire[1]). Der acceptirende Nothabdressat ist zur Zahlung nur verpflichtet gegen Aushändigung eines gehörigen Protestes Mangels Zahlung des Trassaten, dessen Kosten er zugleich erstatten muß; auch haftet er aus dem Accepte nur den Nachmännern seines Abdressanten[2]). Unter mehreren Nothabdressen muß zuerst diejenige angegangen werden, durch deren Honorirung die meisten Verpflichteten befreit werden[3]).

Die Intervention kann aber auch durch irgend einen Dritten geschehen, welcher auf dem Wechsel nicht als Intervenient genannt ist[4]); dieß ist die s. g. Ehrenintervention, die Ehrenacceptation und Ehrenzahlung. Berechtigt dazu ist jeder wechselfähige Dritte, auch der nicht acceptirende Trassat und Nothabdressat, der letzte Indossatar, der Indossant (wenigstens zu Ehren seiner Vormänner), aber nicht der Trassant, Acceptant und Aussteller eines eigenen Wechsels[5]). Das Ehrenaccept hat die Form eines gewöhn-

1) Die Form der Nothabdresse ist die, daß unter die erste Abdresse die zweite mit der Bemerkung: im Fall der Noth bei u. s. w. gestellt wird.

2) Thöl §. 249 S. 363.

3) D. W.-O. §. 56.

4) Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß in einem Privatbriefe der Auftrag zur Intervention gegeben sein kann.

5) „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est." Thöl §. 254 Note 5.

lichen Accepts, nur daß durch einen Beisatz (per onor, sopra protesto) seine besondere Eigenschaft ausgedrückt wird. Als Honorat gilt, wenn kein anderer genannt wurde, der Trassant[6]). Nimmt der Inhaber den Accept nach seiner Wahl an[7]), so haftet der Ehrenacceptant bis zum zweiten Werktage nach der Verfallzeit dem Wechselinhaber und allen Nachmännern des Honoraten[8]) gleich einem acceptirenden Trassaten; er ist auch verpflichtet, seinen Honoraten innerhalb zweier Tage nach Erhebung des Protestes Mangels Annahme von der geschehenen Intervention unter Uebersendung des eingelösten Protestes zu benachrichtigen[9]). Durch die Ehrenzahlung, welche der Wechselinhaber annehmen muß, erwirbt der Intervenient die Rechte des Inhabers gegen den Acceptanten, den Honoraten und dessen Vormänner[10]), weshalb er sich die Proteste Mangels Zahlung nebst dem Wechsel gegen Erstattung der Protestkosten aushändigen lassen muß. Wenn Mehrere Ehrenzahlung leisten wollen, so hat Derjenige, dessen Zahlung die meisten Verpflichteten befreit, den Vorzug[11]).

---

6) D. W.=O. §. 59.
7) D. W.=O. §. 57.
8) D. W.=O. §. 60.
9) D. W.=O. §. 58.

10) Der Intervenient hat gegen den Honoraten und dessen Vormänner entweder als Mandatar, oder als negotiorum gestor ein Recht auf Deckung; die im Text gegebene Bestimmung der D. W.=O. §. 63 verstärkt dieß Recht nach einer schon in den früheren Wechselordnungen anerkannten Billigkeitsrücksicht.

11) D. W.=O. §. 64. Ueber die verschiedenen Möglichkeiten einer Collision der Intervenienten und ihre juristische Beurtheilung s. Thöl §. 256—258. — In jedem Falle ist übrigens der Wechselinhaber verpflichtet, eine Nachhonorirung, d. h. eine nachträgliche Acceptation oder Zahlung des Trassaten anzunehmen, sofern er noch nicht Protest Mangels Zahlung erhoben hatte. Thöl §. 260.

4) Vom eigenen Wechsel.

§. 215.

Der eigene (trockene[1])) Wechsel enthält ein directes Summenversprechen des Ausstellers an den Wechselnehmer oder dessen Ordre[2]). Der Wechselvertrag wird geschlossen durch Geben und Nehmen des Wechsels, welcher die Bezeichnung „Wechsel", die Angabe der zu zahlenden Summe, den Namen der Person, welche die Zahlung erhalten soll, die Angabe der Zahlungszeit, des Datums und Orts der Ausstellung und die Unterschrift des Ausstellers enthalten muß[3]). Dem eigenen Wechsel sind mit der Tratte alle Grundsätze gemeinschaftlich, welche sich auf das Wesen und die Wirkungen des Wechselversprechens beziehen. Dagegen fallen alle diejenigen Rechtssätze, welche aus der Natur der Tratte als eines Zahlungsauftrags hervorgehen, bei der Beurtheilung eigener Wechsel weg[4]); dieß gilt insbesondere von der Acceptation und Präsentation zur Acceptation (und zur Zahlung[5])) und den Protesten[6]). Das Indossament eines eigenen Wechsels ist das Anschließen einer Tratte an den eigenen Wechsel. Die Klage

---

1) Ueber die Erklärung des Worts „trocken" (cambium siccum, unfruchtbarer, zinsloser Wechsel) s. Eichhorn R.-G. §. 574 Note d. — Vgl. über eigene Wechsel überhaupt Pöschmann im Archiv für Wechselrecht Bd. 1 S. 187 flg.

2) Davon ist wohl zu unterscheiden ein Schuldversprechen, bei welchem sich der Aussteller der Wechselstrenge unterwirft; dieß ist kein Wechsel, weil die materielle Wechselstrenge des Summenversprechens fehlt.

3) D. W.-O. §. 96. 97. Das Stellen auf Kündigung ist unzuläßig. S. Protocoll S. 171 flg. Ueber die Unzuläßigkeit von Zinsversprechen s. oben §. 208 (3).

4) Thöl §. 272.

5) Arch. f. Wechselr. 3 S. 412 flg.

6) Die D. W.-O. kennt einige Ausnahmen; s. §. 98 Nr. 3, 4 und 6 (Protest zur Sicherung des Regresses gegen den Indossanten).

aus einem eigenen Wechsel dauert drei Jahre vom Verfalltage an.

5) Sicherheitsmittel für den Wechselgläubiger.

§. 216.

Der Werth eines Wechsels kann gehoben werden durch Bürgschaft eines Dritten. Geschieht diese durch eine offene Bürgschaftserklärung, sei es mit oder ohne Unterwerfung unter die formelle (processualische) Wechselstrenge, so ist sie als ein gewöhnliches Schuldversprechen und nach den allgemeinen Grundsätzen der Bürgschaft zu beurtheilen. Die Verbürgung kann aber auch in die Gestalt eines Wechselversprechens gekleidet werden; in diesem Falle wird sie nach ihrer sichtbaren Form als wirklicher Wechsel behandelt, da ein als Wechsel geleistetes Summenversprechen nicht nach Maßgabe der unterliegenden materiellen Verhältnisse beurtheilt wird [1]). Die Wechselform einer Verbürgung ist besonders häufig die des Avals, wenn der Bürge seinen Namen unter den des Ausstellers, Indossanten oder Acceptanten schreibt [2]); dieß hat die Wirkung, daß in den mehreren Unterzeichnern mehrere solidarisch [3]), ohne Einrede der Theilung verhaftete Wechselschuldner entstehen (Mitaussteller, Mitindossanten, Mitacceptanten).

Die Sicherstellung einer Wechselschuld kann auch durch Bestellung eines Pfandes (Faustpfand oder Hypothek) bewirkt werden, zu deren allgemeiner [4]) Wirksamkeit jedoch eine Beurkundung der Verpfändung auf dem Wechsel nothwendig ist.

---

1) Thöl §. 267.

2) Der Aval ist nicht nothwendig eine Bürgschaft; es kann der Mitunterschrift jeder beliebige andere Grund, sich verpflichten zu wollen, unterliegen.

3) Nicht pro rata; denn die Verbindlichkeit, welche auf dem einen Papiere beruht, ist eine untheilbare.

4) Eine nicht auf dem Wechsel beurkundete Pfandbestellung würde

6) Befreiung des Wechselschuldners.

§. 217.

Der Wechselschuldner wird befreit durch Zahlung des Wechselverpflichteten an den zum Empfang der Zahlung Legitimirten, durch Erlaß und Compensation der Wechselschuld [1]), nicht aber durch die auf die unterliegenden Verhältnisse bezüglichen Einreden des Betrugs, Irrthums, Zwangs, der fehlenden Deckung oder Valuta; der Tod des Wechselschuldners befreit die Erben nicht von der Wechselhaft, wohl aber vom Personalarrest [2]). Der Wechselschuldner wird ferner durch

---

nur demjenigen Wechselgläubiger zu Gute kommen, dem sie geschehen wäre, nicht auch seinen Indossataren.

1) Vorausgesetzt wird dabei immer, daß die liberirenden Acte für denjenigen geschehen sind, dem die Einrede daraus entgegengesetzt wird. Es müßte denn sein, daß die Liberirung durch Quittung oder Durchstreichen u. s. w. auf dem Wechsel erkennbar wäre. Die Einrede des Acceptanten, er habe Contreordre vom Trassanten erhalten, ist unzulässig, da die Verpflichtung des acceptirenden Trassaten eine vom Willen des Trassanten unabhängige ist. — Die Einrede der Wechselfälschung ist zulässig: 1) wenn der Name des Trassanten, Indossanten oder Acceptanten ein falscher ist, in welchem Falle der Trassant, Indossant oder Acceptant durch eidliche Diffession sich von der Haftung befreien; es haften dagegen die echten Indossanten und Acceptanten. D. W.=O. §. 57. 76. 2) Wenn der Inhalt der Tratte verändert ist, so sind alle Wechselgeber (in Bezug auf das gefälschte Plus) befreit, welche beweisen, daß die Verfälschung nach der Ertheilung ihres Wechselversprechens geschehen ist. Die weiteren Wirkungen einer Wechselfälschung, namentlich der Einfluß auf die Frage nach der Deckung, sind civilrechtlicher Natur.

2) Alle Einreden, welche einer Wechselforderung entgegengestellt werden, müssen sofort liquid sein. Man kann die möglichen Einreden nach folgenden Gesichtspuncten zusammenfassen: I. Einreden aus dem Wechselrechte selbst (z. B. Einrede der Richtigkeit wegen Formwidrigkeit der Urkunde, wegen Wechselunfähigkeit des Ausstellers, mangelnder Solennitäten, wegen Quittirung auf dem Wechsel oder Durchstrich, wegen

Zerstörung der Wechselform befreit (Vernichtung des Papiers, Durchstreichen der verpflichtenden Erklärung); beim Verlust eines Wechselpapiers, welches jedoch von dem Indossatar nur dann vindicirt werden kann, wenn er es in bösem Glauben oder in grober Fahrlässigkeit erworben [3]), wird ein Amortisationsverfahren gestattet, nach dessen Einleitung der Berechtigte vom Acceptanten, gegen Cautionsleistung bis zur geschehenen Amortisation, Zahlung fordern darf [4]). Die Wechselschuld erlischt ferner durch Verjährung; die Verjährungszeit des Anspruchs gegen Acceptanten und Aussteller eigener Wechsel ist drei Jahre vom Verfalltage an [5]), des Anspruchs gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner je nach der geringeren oder größeren Entfernung des Zahlungsorts drei, sechs, achtzehn Monate vom Tage des erhobenen Protestes [6]), des Anspruchs des Indossanten gegen den Aussteller je nach der Ent-

---

Verletzung einer Best. der W.-O., z. B. der Ratenwechsel); II. Einreden, welche sich auf Mängel des Vertragswillens bei Eingehung des Wechselvertrags selbst beziehen (z. B. Einrede des Betrugs, Zwangs, Irrthums, der Willensunfähigkeit, Simulation, Wechselfälschung); III. Einreden, welche sich auf die materielle Zerstörung der entstandenen Wechselverpflichtung beziehen (z. B. Einrede der Verjährung, der Compensation, der Zahlung, des Erlasses, exc. rei judicatae); IV. Einreden aus den unterliegenden Verhältnissen (z. B. die Einrede, daß das Geschäft, welches durch den Wechsel nur verdeckt werden soll, ein nichtiges, z. B. eine Spielschuld, oder ein anfechtbares ist, z. B. mit der exc. SC. Vellej. oder Maced.). Die unter I und II genannten Einreden wirken gegen jeden Wechselkläger, die unter III und IV genannten nur gegen den, gegenüber welchem das Verhältniß bestand, und auch nicht aus der Person des Vormanns. S. die kurze Bestimmung in der W.-O. §. 82.

3) D. W.-O. §. 74.

4) D. W.-O. §. 73. Vgl. Jolly im Arch. f. Wechselr. 4 S. 1 flg.

5) D. W.-O. §. 100.

6) D. W.-O. §. 78.

fernung drei, sechs, achtzehn Monate[7]) vom Tage der vom Indossanten ohne Klage geschehenen Zahlung, außerdem vom Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung berechnet. Unterbrochen wird die Verjährung durch Behändigung der Klage oder der Streitverkündigung des Verklagten[8]). Ist die Wechselverjährung eingetreten, so haften dem Wechselinhaber der Trassant und Acceptant, aber nicht auch der Indossant, noch auf so weit, als sie sich mit dessen Schaden bereichern[9]).

7) Wechselrecht im Concurs.

§. 218.

Im Concurse des Wechselschuldners genießt die Wechselforderung gemeinrechtlich[1]) zwar kein besonderes Vorzugsrecht, aber es wird ihr auch nicht die eigenthümliche sowohl mate=

---

7) D. W.=O. §. 79.

8) D. W.=O. §. 80.

9) D. W.=O. §. 83. Die Klage aus der Bereicherung ist zwar nicht eine im Wechselprocesse auszuführende Wechselklage, aber doch eine Klage, welche einen wirklich vorhanden gewesenen, nun aber präjudicirten oder verjährten Wechsel voraussetzt. Jacobi im Arch. f. Wechselr. Bd. 9 S. 26 flg. Sie hat nur die beschränkte Richtung auf die Bereicherung. Zum Beweis einer solchen gehört der Nachweis, daß der Aussteller Valuta erhalten, aber keine Deckung gegeben, oder der Acceptant Deckung erhalten und nicht zurückgegeben habe. Bezüglich der Gründe, aus denen die Klage nicht auch gegen den Indossanten gegeben wurde (s. Ladenburg Arch. Bd. 10 S. 20 flg.), läßt sich nur auf die Erfahrung hinweisen, daß der Indossant, wenn er auch Valuta erhalten, in der Regel selbst Valuta zu geben gehabt hat. S. Protoc. S. 203—7. — Ein weiterer Rückgriff auf die dem präjudicirten Wechsel unterliegenden Rechtsverhältnisse sollte übrigens durch obige Bestimmung der D. W.=O. offenbar ausgeschlossen sein.

1) Thöl §. 291 Note 4—6.

rielle als formelle Wechselstrenge entzogen [2]). Falliren mehrere Wechselgeber, so kann der Gläubiger seine Forderungen bei allen Concursen zugleich anmelden; von der ersten Concursmasse fordert er die Dividende des ganzen Betrags, von der zweiten aber nur die Dividende des Restes u. s. w. [3]).

Zweiter Abschnitt.

Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

I. Nachdruck [1]).

§. 219.

Wer literarische oder artistische Erzeugnisse, welche einen Vermögenswerth haben, sofern sie in Deutschland entstanden

---

2) Die meisten Particularrechte schließen den Arrest bei eröffnetem Concurse aus, weil er nach Entziehung der Vermögensdisposition des Schuldners kein Executionsmittel mehr sein könne. Diese Voraussetzung ist nicht ganz richtig.

3) Ueber diese Entscheidung vgl. Treitschke Encyclopädie Bd. 1 S. 289. Bd. 2 S. 371 flg. Eine andere Meinung (s. Treitschke a. a. O.) läßt die Dividende auch bei allen weiteren Concursen vom ganzen Betrag berechnen; diese Ansicht widerspricht dem Grundsatz, daß durch die Zahlung eines der mehreren solidarischen Schuldner die übrigen auf so weit, als die Zahlung geht, befreit werden. Nach diesem sowohl bei solidarischen als Correalobligationen gleichmäßig geltenden Grundsatze scheint auch die Unterscheidung Thöl's (Entwurf einer Wechselordnung für Mecklenburg 1847, Motive zu §. 115) unrichtig zu sein. Eine neue Erörterung dieser Lehre giebt Reuaud im Archiv für Wechselr. Bd. 8 S. 277 flg. Das richtige Princip s. in den Präjudicien im Arch. f. Wechselr. Bd. 12 S. 87 flg.

1) Jolly die Lehre vom Nachdruck (Beilageheft z. Arch. f. civ. Pr. Bd. 35) 1852. O. Wächter das Verlagsrecht m. Einschl. der Lehren vom Verlagsvertrag u. Nachdruck. 2 Bde. 1857. 1858. Gerber in s. u. Jhering's Jahrbb. Bd. 3 S. 359 flg. Quellensammlung: Eisenlohr Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums. 1856 (Nachtrag v. 1857).

sind, ohne Einwilligung des Urhebers oder Dessen, welcher das Recht am Originale erworben hat, auf mechanischem Wege vervielfältigt, oder Nachdrücke und Nachbildungen dieser Art wissentlich verkauft, ist dem Urheber, Verleger und Herausgeber der Originale oder deren Erben volle Entschädigung zu leisten solidarisch verpflichtet; diese wird nach dem Verkaufspreise einer gemäß der Größe des erlittenen Schadens vom Richter zu bestimmenden Zahl von Exemplaren des Originals berechnet[2]). Außerdem sollen die nachgedruckten Exem-

---

2) Diese und die weiter im Texte angegebenen Wirkungen des Nachdrucks gründen sich auf die Bundesbeschlüsse vom 9. Nov. 1837, vom 22. April 1841 (wegen Aufführung dramatischer und musicalischer Kunstwerke vor ihrer Veröffentlichung durch den Druck) und vom 19. Juni 1845. Ein ergänzender Bundesbeschluß, betr. eine Verlängerung der Schutzfrist zu Gunsten der vor 1837 gestorbenen Autoren, ist vom 6. Nov. 1856. Particulargesetze enthalten über diesen Gegenstand weit ausführlichere Bestimmungen als die angeführten Bundesbeschlüsse. In der früheren Zeit konnte man nur durch Privilegien helfen; denn alle Versuche, die juristische Unrechtmäßigkeit des moralich verwerflichen Nachdrucks aus allgemeinen Grundsätzen zu deduciren (s. die verschiedenen Meinungen bei Kramer die Rechte der Schriftsteller und Verleger, 1827, und Jolly S. 5 flg.), insbesondere aus einem s. g. Schrifteigenthum, d. h. einem Eigenthum an dem Inhalte des literarischen Werks, oder aus dem Verlagsvertrage mußten jeder näheren Prüfung als gänzlich haltlos erscheinen. Nicht wohl zu begreifen ist es, wenn Manche den Art. 2 des Bundesbeschl. v. 1837 so interpretiren, als wenn darin jenes s. g. Schrifteigenthum anerkannt worden wäre. Ein wirkliches Eigenthum besteht nur an dem körperlichen Manuscripte und den gedruckten Exemplaren. — In neuester Zeit hat Bluntschli d. Pr.-R. 1 S. 184 flg. von Neuem den Versuch gemacht, das, was hier als eine einzelne Delictsobligation lediglich in Folge eines positiven Rechtssatzes hingestellt wird, durch Zurückführung auf ein allgemeines Rechtsinstitut abstract zu construiren. Er nennt dieß das Autorrecht, das er als ein „persönliches Recht" bezeichnet, und bestimmt seinen Inhalt als die Anerkennung des natürlichen Zusammenhangs zwischen Autor und Werk, als einer Offenbarung seines persönlichen Geistes. Dieser natürliche Zusammenhang ist aber lediglich ein thatsächliches Verhältniß, aus wel-

plare, und die zur unrechtmäßigen Vervielfältigung gebrauchten Gegenstände confiscirt, und kann auf Antrag des Verletzten eine Geldbuße bis auf 1000 Gulden gegen die bei dem Vergehen betheiligten Personen verhängt werden. Diese Wirkungen treten jedoch nur ein, wenn der Nachdruck u. s. w. innerhalb der Lebensdauer des Urhebers und der nächsten dreißig Jahre nach dessen Tode, oder bei anonymen und posthumen Werken und solchen, welche von juristischen Personen ausgehen, innerhalb dreißig Jahren nach ihrem Erscheinen statt findet[3]).

Wenn nun durch diese Bestimmungen des Bundesrechts*)

---

chem, wie unten in der Anmerk. gezeigt wird, eine juristische Construction des Nachdrucks nicht gewonnen werden kann.

3) Die Frist wird bei Werken, welche nicht auf einmal, sondern in einzelnen Bänden oder Heften erscheinen, von der Herausgabe des letzten Bandes oder Heftes berechnet, sofern zwischen dem Erscheinen der einzelnen Bände u. s. w. kein längerer als ein dreijähriger Zeitraum liegt. Bundesbeschl. v. 1837 Art. 2 a. E.

*) Zur Erläuterung ist noch Folgendes zu bemerken. Zur Verhängung der angeführten Strafen genügt die Vollendung des Nachdrucks, während die Entschädigungspflicht erst nach geschehener Verbreitung eintritt (Jolly S. 238). Es kann sich aber der Nachdrucker durch Nachweis eines entschuldbaren Irrthums rechtfertigen (Jolly S. 92). — Sehr schwierig ist die Anwendung der Bundesbestimmungen in Rücksicht auf die geschützten Objecte. Einerlei ist hier zunächst, ob die literarischen Erzeugnisse, bez. Werke der Kunst bereits veröffentlicht, oder noch im Manuscript vorhanden sind. Aber was gehört zu den literarischen Erzeugnissen? Daß gerichtliche Acten sammt den in ihnen enthaltenen Gutachten, landständische und gerichtliche Verhandlungen, öffentliche Erlasse (Gesetze) von Behörden, Zeitungsnotizen und Depeschen, öffentliche Anzeigen, Privatbriefe nicht, oder nur höchst ausnahmsweise dahin gehören, ist wohl klar. Dagegen wird es eine besondere Untersuchung des einzelnen Falles voraussetzen, ob mündliche Vorträge (unterhaltende, akademische, geistliche) dahin zählen; hierbei muß gefragt werden, ob es die Absicht des Urhebers war, mit dieser Arbeit jetzt oder später in die öffentliche Literatur einzutreten, und allerdings

der Vortheil einer gemeinrechtlichen Festsetzung der Grundprincipien des Schutzes gegen Nachdruck gewonnen ist, so haben sich die Particulargesetze die noch keineswegs abgeschlossene Aufgabe gestellt, jene unter Berücksichtigung der vielgestaltigen Mannichfaltigkeit literärischer und künstlerischer Production und Vervielfältigung im Einzelnen durchzuführen. So wünschenswerth nun auch ein Fortschreiten in dieser Rücksicht ist, so bedenklich wäre es dagegen, wenn die Gesetzgebung etwa die Dauer des Schutzes übermäßig erweitern oder gar die aus dem falschen Gedanken des s. g. literärischen Eigenthums ent-

---

kommt auch die objective Beschaffenheit des Werks mit in Betracht (Jolly S. 115). Man unterscheide aber immer beleidigende Indiscretion und Nachdruck. Uebrigens sind auch Uebersetzungen aus fremden Sprachen literarische Erzeugnisse. — Kein Nachdruck ist aber gemeinrechtlich die Uebersetzung eines Werks in eine fremde Sprache, die Aufnahme von Auszügen, ganzen Stellen, auch wohl ganzen Aufsätzen und Gedichten in Anthologien, Mustersammlungen u. s. w., d. h. Werke, die keinen selbstständigen Charakter haben. (Man unterscheide Plagiat von Nachdruck.) Ebensowenig die Benutzung musicalischer Compositionen zu Variationen u. s. w. (Anders Clavierauszüge, Jolly S. 168.)

Wo ist ferner die Gränze des Begriffs Werke der Kunst? Unter jenem Schutze stehen wohl nicht ausgeführte Werke der Architectur und öffentliche Denkmale; jene nicht, weil die Eigenschaft des Gebäudes als Kunstproduct hinter dem Gebrauchszwecke zurücktritt, diese nicht, weil der Urheber eines öffentlichen Denkmals sein Kunstwerk ohne allen Vorbehalt der Oeffentlichkeit hingiebt. Ob aber auch nicht (wie Jolly S. 129 ausführt) Bilderbogen, Bilderbücher für Kinder, Malereien auf Tassen, Pfeifen u. s. w., scheint mir quaestio facti zu sein. Auch die nicht autorisirte mechanische Vervielfältigung der Nachbildung verkaufter Originalgemälde fällt unter den Nachdruck, Jolly S. 175. — Uebrigens ist es für die Frage der Widerrechtlichkeit einerlei, ob die Nachbildung zum Zwecke der Vervielfältigung eine selbstständige Kunstfertigkeit bedarf oder nicht. Auch die Ungleichartigkeit der Nachbildung macht die Vervielfältigung an sich noch nicht zu einer befugten. Sehr umfassende Ansprüche auf Rechtsschutz stellt O. Wächter, das Recht des Künstlers gegen Nachbildung und Nachdruck seiner Werke (Abdruck aus der deutschen Vierteljahrsschrift) 1859.

lehnte Idee eines **ewigen** Schutzes aufnehmen wollte. Denn nicht das kann der Anspruch sein, der an die Gesetzgebung zu stellen ist, sie möge den Nachkommen großer Schriftsteller für immer die Speculation mit deren geistigen Manifestationen sichern, und die erhabensten Werke der Literatur, welche der ganzen Nation gestiftet wurden, für alle Zeiten in die Privatwillenssphäre der Epigonen einschließen.

Anmerkung. Die Lehre vom Nachdrucke beruht auf folgenden Gesichtspuncten. Der Verfasser eines literarischen Werks (Urheber eines Kunstwerks u. s. w.) hat in seinem Manuscripte ein Vermögensobject, dessen Vervielfältigung und Verbreitung unter dem Publicum verschiedene Interessen befriedigt. Das eine dieser Interessen besteht in der Genugthuung des Urhebers, zu sehen, wie das Product seiner geistigen Arbeit bildend, veredelnd, anregend auf Andere einwirkt. Das andere ist pecuniärer Art: der Verkauf der vervielfältigten Exemplare verspricht einen Gewinn. Die Ausbeutung eines literarischen Werks für diese Interessen ist ein ausschließliches Recht dessen, der es geschaffen hat; ihm steht es frei, das Werk zu schreiben oder nicht zu schreiben, das Geschriebene drucken zu lassen oder zu vernichten. Dieses letztere Recht bedarf keiner besonderm Construction; es folgt schon aus dem Eigenthum am Manuscripte.

Die Ausbeutung eines Manuscripts für pecuniären Gewinn kann nun bald so geschehen, daß der Autor selbst die Vervielfältigung und den Verkauf der gefertigten Exemplare übernimmt, bald so, daß er dieß vertragsmäßig einem Andern gegen Entschädigung oder ohne eine solche überläßt (Verlagsvertrag). Der Erfolg eines solchen Unternehmens beruht aber großentheils darauf, daß die Vervielfältigung des einmal der Oeffentlichkeit übergebenen Werks nicht auch noch von Andern vorgenommen wird, welche dann mit dem Autor oder Verleger concurriren würden. Gegen eine solche Concurrenz soll der Autor und sein Verleger geschützt werden, er soll die Früchte seiner geistigen Arbeit gesichert erhalten. Dieß geschieht durch ein Gesetz, welches den Rechtssatz ausspricht, daß der Nachdruck verboten ist und zur Entschädigung verpflichtet. Das Nachdrucksverbot ist daher nichts Anderes als eine Monopolisirung des Autors resp. seines Verlegers in dem gewerbmäßigen Vertrieb eines literarischen Products durch einen allgemeinen Rechtssatz (wie dieß früher nur durch besondere Privilegien erreicht werden konnte). Damit ist die juristische Construction der Lehre vom Nachdruck gegeben; es handelt sich um eine Delictsobliga-

tion, deren Existenz oder Nichtexistenz im einzelnen Falle mittelst einer Interpretation des Gesetzes zu ersehen ist. — Weitere Interessen des Autors, z. B. den Schutz literarischer Ehre gegen Plagiate, oder gegen eine (pecuniär gleichgültige) Indiscretion in der unbefugten Veröffentlichung bloß vertraulich mitgetheilter Manuscripte u. s. w., will das Nachdrucksverbot direct nicht berücksichtigen; die Schutzmittel hierfür sind daher, wenn sie überhaupt rechtlicher Art sind, anderswo zu suchen. —

Eine andere Auffassung ist hingegen die, welche das Verbot des Nachdrucks nicht auf einen besonderen Rechtssatz zurückführt, sondern es nur als den Ausfluß eines höheren, allgemeinen, schon an und für sich bestehenden Rechtes darstellt. Dieß will die alte Lehre vom literarischen Eigenthum, und ebenso die von Bluntschli aufgestellte Lehre vom „Autorrechte.“ Soll dieser Ausdruck nichts Anderes sein, als eine bloße Summirung aller der verschiedenen Rechte, die ein Autor haben kann (Eigenthum am Manuscripte, vertragsmäßige Rechte gegen den Verleger, Schutz gegen Nachdruck), so fragt es sich, welches sein eigentlicher Inhalt sei? Die Antwort, welche Bluntschli (D. Pr.-R. I. S. 192) giebt, ist nicht befriedigend. Denn wenn er sagt, der Autor habe vor Allem das Recht, das Werk für sich zu behalten und eine Veröffentlichung gegen seinen Willen zu verhindern, so ist das zwar ganz richtig, aber der Inhalt eines besonderen specifisch-eigenthümlichen Rechtes kann darin nicht gefunden werden. Abgesehen hiervon würde sich aber fragen, ob die Charakteristik des „Autorrechts“ bei Bluntschli überhaupt zum Nachdruckverbote führe? Denn wenn er sagt, das Werk gehöre dem Autor „als eine Offenbarung und als ein Ausdruck seines persönlichen Geistes“, so bleibt es ein solcher ja nicht weniger in den (mit seinem Namen auf dem Titel) *nachgedruckten* als in den *rechtmäßigen* Exemplaren. Wenn er ferner (S. 189) das Autorrecht ein „persönliches Recht“ nennt und damit eine Charakteristik gegeben zu haben glaubt, so wäre zu bestimmen gewesen, welcher Begriff in diesem „persönlich“ liegen solle. Heißt dieß so viel als ein nur der individuellen Person zustehendes (ein s. g. höchstpersönliches) Recht? oder ein Recht, das aus der Persönlichkeit hervorgeht? oder ein Recht, dessen Gegenstand die Persönlichkeit ist? — S. Gerber in der N. 1 angef. Abhandl. — Das neuste Beispiel einer Verwechslung zwischen der Forderung, welche das sittliche Bewußtsein der Zeit an die Gesetzgebung auf *Gewährung* eines Schutzes gegen Nachdruck stellt, und der Frage nach dem rechtswissenschaftlichen Charakter des nun wirklich *entstandenen* Rechts bietet die hauptsächlich gegen meine Ausführungen ge-

richtete Abh. von H. Ortloff in m. u. Ihering's Jahrbb. 5. Bd. S. 263 flg. (1861). Durch Herumschweifen um den eigentlichen Fragepunct mit steter petitio principii wird die Sache so wenig gefördert, als durch eine Dialectik mit Worten, wie „staatsgesellschaftliches Bedürfniß", „Recht der geistigen Erzeugungsfähigkeit", „Recht auf Schutz des Arbeitsverdienstes", „Recht auf Anerkennung der Persönlichkeit" u. s. w. Auch Harum's Entgegnung (bei Haimerl österr. Vierteljahrsschr. 11 S. 269 flg. 1863) hat mich nicht überzeugt.

II. Wildschaden.

§. 220.

Derjenige, welchem eine ausschließliche Jagdberechtigung [1]) auf einem fremden Bezirke zusteht, ist verpflichtet, dieselbe in der Art auszuüben, daß die jagdbaren Thiere auf eine Zahl beschränkt bleiben, bei welcher für die Grundstücke des Jagdgebiets kein merklicher Schaden entstehen kann [2]). Der Jagdberechtigte ist jeden Wildschaden, welcher aus einer Nichterfüllung dieser Pflicht hervorgegangen ist, zu ersetzen schuldig [3]).

---

1) Daher kann nach den Jagdgesetzen des Jahres 1848, welche jedem Grundeigenthümer das Recht der Jagd auf seinem Grundstücke gestatten, von einem Wildschadensersatz keine Rede sein. So das Würtemberg. Gesetz vom 17. Aug. 1849 Art. 12. Wohl aber trifft den Pächter größerer Jagdbezirke diese Verpflichtung.

2) Diese Verpflichtung ist zwar gemeinrechtlich nicht ausgesprochen, ergiebt sich aber aus der Natur des Jagdrechts von selbst. Pfeiffer prakt. Ausführ. III. S. 100 flg. — Man unterscheide übrigens den nach andern Grundsätzen zu beurtheilenden Fall eines Wildschadens, welcher durch Ausbrechen des auf einem Grundstücke eingehegten Wildes entsteht.

3) Eichhorn Einl. §. 285. Mittermaier Grunds. des deutsch. Pr.-Rechts §. 219. A. M. Pfeiffer a. a. O. S. 91 flg. Die Particularrechte erweitern bald, bald beschränken sie die Gründe zum Wildschadensersatz. S. Heimbach Lehrb. des sächs. Privatrechts (1848) §. 224. Steinacker Braunschw. Privatr. S. 360.— Eine richtige Auffassung der Rechtsfrage s. auch bei Beck in d. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. im K. Sachsen Bd. 3 S. 108 (1843).

Drittes Buch.

Die Rechte an Personen.

Allgemeines.

§. 221.

Das ältere deutsche Rechtsleben enthielt eine Reihe von Motiven für diejenigen rechtlichen Beziehungen der Menschen zu einander, welche die heutige Rechtswissenschaft als Rechte an Personen auffassen würde. Dahin gehört das Verhältniß beschworener Treue zwischen Vasallen und Lehensherrn, wie es schon oben (§. 120, 1) gewürdigt wurde, ganz besonders aber das in seinen einzelnen Anwendungen und Erscheinungsformen höchst mannigfaltige Schutzverhältniß, welches die mittelalterlichen Rechtsquellen als die Unterwerfung gewisser Personenclassen unter das Mundium, die Vormundschaft eines Schutzherrn, darstellen[1]. Die allgemeine Ursache die-

1) Eine sorgfältige Bearbeitung der wichtigsten mit dem deutschen Mundium in Verbindung stehenden Rechtsinstitute ist in dem Werke enthalten: Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 3 Bände (1835—1859). — Eine neue geschichtliche Untersuchung hat begonnen: Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft 1. Bd. (germanisches, namentlich nordisches Recht enth.) 1862. Das hauptsächliche Ziel dieses Schriftstellers ist die Ablehnung einer für alle Arten der Vormundschaft gemeinsamen Idee, wie sie bisher in der Fehdeunfähigkeit und dadurch bedingten Wehrlosigkeit gefunden wurde, und eine Zurückführung der verschiedenen Arten der vormundschaftlichen Vertretung auf ihre speciellen realen Grundlagen in besonderen Lebens-

ses in so verschiedenartigen Zuständen wirksamen Mundiums war das Bedürfniß einer Vertretung für Diejenigen, welchen die vollkommene Rechtsfähigkeit nach Volksrecht mangelte, deren allgemeine Voraussetzung, die Fehdefähigkeit, ebensowenig bei den Unmündigen und Frauen, als bei den Geistlichen und denjenigen Freien erfüllt war, welche den nothwendigen Schutz freier Familiengenossenschaft entbehrten. So entstand eine Reihe von Mundial- oder Vormundschaftsverhältnissen, deren gemeinsamer Charakter in der Vertretung der Wehrlosigkeit lag und sich in einem Verhältniß gegenseitiger Rechte an der Person darstellte; aber sowohl die persönlichen, als auch die sachlichen Wirkungen waren bei den besonderen factischen Grundlagen dieser Mundien verschieden, und so zerspaltete sich der allgemeine Begriff in die einzelnen selbstständigen Institute der Geschlechts-, Alters- und Standesvormundschaft. Von diesen Instituten ist die Standesvormundschaft, die sich schon früh in eine öffentliche Gewalt (Vogtei) verwandelte, aus dem heutigen Rechte ganz, die Geschlechtsvormundschaft, abgesehen von ihren Wirkungen in der Ehe, zum größten Theile verschwunden. Auch von der Altersvormundschaft sind außer ihrem Antheile an dem heutigen Begriffe der väterlichen Gewalt nur einige Spuren im jetzigen Rechte geblieben; die Darstellung derselben mußte aber wegen ihres untrennbaren Zusammenhanges mit der alten Idee des Mundiums in diesem Buche Raum finden, wenn schon die in dieser Lehre heutzutage herrschenden Grundsätze des neueren römischen Rechts die Charakteristik der Altersvormundschaft als eines Rechts an der Person ausschließen[2]).

---

verhältnissen. Es scheint, daß hier ein Fall vorliegt, wo die Wahrheit in einer vermittelnden Ansicht zu suchen ist.

2) Puchta Pandekten §. 232

§. 222.

Aber das deutsche Recht kennt für Rechtsverhältnisse mit dem Charakter von Rechten an Personen noch eine andere Grundlage, außer jenem öffentlichen Schutzrechte; es ist dieß die ursprünglichste aller Verbindungen, die Familie. Es giebt kein Recht, welches das Band der Familie fester schließt, den geistigen Werth der innigsten Familiengemeinschaft tiefer erfaßt und den Frieden der väterlichen Stätte für ehrwürdiger erachtet, als das deutsche. Zwar hatte schon im späteren Mittelalter die Familienverbindung die Function der Friedensbürgschaft der erstarkenden öffentlichen Gewalt abgetreten, aber das tiefere Motiv der Familiengenossenschaft, der Gedanke der Steigerung des persönlichen Werths durch Uebernahme und Fortsetzung alter Stammesindividualität und der nothwendigen Einheit aller durch gleiches Stammesbewußtsein Verbundenen, war dadurch nicht erschüttert worden; und wie es früher in eigenthümlichen Wirkungen auf die rechtlichen Verhältnisse des Grundeigenthums und einer besondern Organisation der Familiengewalt[1]) seinen entsprechenden Ausdruck

---

1) Wenn man in neuerer Zeit auf Grund dieser z. B. beim hohen Abel noch immer vorkommenden Erscheinung die Meinung aufgestellt hat, die Familie gehöre zu den s. g. Genossenschaften, so hat man dabei wohl übersehen, daß damit zwar etwas thatsächlich und sittlich Bedeutendes, aber juristisch größtentheils Gleichgültiges ausgesprochen ist. Allerdings sind die Familien Genossenschaften; darin liegt aber nicht die Bestimmung eines rechtlichen, sondern eines rein factischen Verhältnisses. Genossenschaft ist keine Rechtsform; es giebt Genossenschaften ohne alle Rechtsform; aber häufig liegt in der Genossenschaft das Motiv zur Begründung einer Rechtsform, welche der Ausdruck derselben ist. Sie kann sich aber juristisch ausdrücken in der Corporationsverfassung, dann in einer Societät, dann in der Eigenthumsgemeinschaft (z. B. bei der in Franken vorkommenden s. g. Condominatsverfassung einiger reichsritterschaftlichen Familien). Noch häufiger drückt sich aber die Genossenschaft in Einrichtungen aus, welche lediglich auf Sitte beruhen; aber

fand, so erscheint es auch noch in unseren Tagen, trotz vielfacher Abschwächung jener altgermanischen Gefühle, als die Grundlage mannigfaltiger Sitte, aber freilich nur selten als der Inhalt bestimmter Rechtsformen [2]). Wohl aber beruht der besondere Charakter der elterlichen und Kindesrechte, der väterlichen Gewalt, des ehelichen Verhältnisses und der Herrschaft des Mannes im Hause im heutigen Rechte noch immer zum großen Theile auf jener tieferen Auffassung der Familie und jener besonderen sittlichen Kraft, welche der deutsche Volksgeist dieser natürlichen Verbindung beilegt.

Erstes Capitel.

Das eheliche Recht.

Einleitung.

§. 223.

Die juristische Auffassung der Ehe kann nicht über die Feststellung der äußeren Seite und der vermögensrechtlichen Wirkungen dieser Verbindung hinausgehen; sie darf sich nicht die Aufgabe stellen, die gesammten inneren ehelichen Pflichten, wie sie in der tiefen, sittlichen Auffassung der Ehe im

---

selbst wenn diese zum Rechtssatz gesteigert worden ist, z. B. eine gewisse Strafgewalt des Seniors in Familien des hohen Adels, dann ist nicht der Begriff der Genossenschaft zu einer bestimmten Rechtsform erhoben worden, sondern es hat nur eine Wirkung dieses Motivs rechtliche Anerkennung erhalten. Damit erledigen sich von selbst die Betrachtungen Beseler's „Volksrecht und Juristenrecht" S. 168 und Derer, welche ihm später gefolgt sind, z. B. Renaud Lehrb. des deutsch. Pr.-R. §. 59. S. Gerber im Archiv f. civil. Pr. Bd. 37 S. 50, in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. Bd. 12 S. 193 und in den Jahrbb. für Dogmatik Bd. 2 S. 359 flg.

2) Außer der Verfassung der Familien des hohen Adels und mancher andern Familien gehört hierher die Erblosung, das Institut der Stammgüter und Familienfideicommisse.

deutschen Volke begründet sind, in Rechtsformen zu übertragen und so ihrem natürlichen Gebiete zu entziehen. In diesem Sinne ist hier 1) die Lehre von dem Inhalte des Rechts an der Person des Gatten (eheliches Recht) und 2) von den Wirkungen der Ehe auf das Vermögen zu behandeln, eine Lehre, in deren reicher Ausbildung sich die ganze Fülle des deutschen Rechts entfaltet. Die Frage über das Dasein der Ehe[1]) überhaupt und die Bedingung ihrer Eingehung und Auflösung, welche das ältere deutsche Recht in eigenthümlicher Weise beantwortet[2]), wird heutzutage der Darstellung des canonischen Rechts überwiesen.

I. Eheliches Recht (Mißheirath).

§. 224.

Die innigste sittliche Lebensgemeinschaft, welche das deutsche Recht seit der ältesten Zeit als das Wesen der Ehe anerkennt[1]), stellt die Ehegatten als die Genossen gleichen Rechts[2]) dar;

---

1) Darin, daß erst das eheliche Beilager particularrechtlich noch heutzutage als der Anfang der Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung betrachtet wird, läßt sich die Fortdauer der ältern deutschen volksthümlichen Anschauung gegenüber dem neueren canonischen nicht verkennen. Vgl. darüber §. 228.

2) Ueber die feierliche Desponsatio und den Brautkauf s. Eichhorn's Rechtsgeschichte §. 54, über die späteren Veränderungen das. §. 183 u. 321. S. auch Kraut's Vormundschaft I. S. 299 flg. und S. 174 flg. Grimm Rechtsalterth. S. 420 flg. Friedberg in Dove's Zeitschr. f. Kirchenr. I S. 362 flg.

1) Taciti Germ. c. 18: „— Admonetur (mulier), venire se laborum periculorumque sociam.“ Cap. 19: „— unum corpus, unamque vitam.“ Schwabensp. (Laßb.) 3: „— man und sin wip, diu reht und redelichen zur e chomen sint — da ist niht zweiunge an; si sint wan ein lip —.“ Vgl. §. 230 Not. 1.

2) Sachsensp. III, 45 §. 3: „Dat wif is ok des mannes genotinne tohant als sie in sin bedde trit; na des mannes dode, so is sie

aber dem Manne gebührt ein Uebergewicht in der natürlichen Stellung als Herr (Meister) des Hauses[3]) und Vertreter der Familie nach außen. Die Frau theilt hiernach Namen, Stand und Domicil[4]) des Mannes, dem sie zu folgen schuldig ist[5]). Eine Steigerung erhielt die an sich schon überwiegende Stellung des Mannes durch seine nach älterem Rechte allgemein, jetzt nur noch particularrechtlich bestehende eheliche Vormundschaft, welche von jener natürlichen hausherrlichen Gewalt ganz unabhängig ist[6]).

Das Eintreten des hauptsächlichsten Inhalts des ehelichen Rechts, die Standesgleichheit, setzt bei den Ehen von Personen des hohen Adels noch die Erfüllung des besonderen Erfordernisses der Ebenbürtigkeit der Ehegatten voraus[7]). Wo diese

---

ledich von des mannes rechte." (S. auch das. III, 45 §. 2.) Das. I, 45 §. 1: „Al ne si en man sime wive nicht evenburdich, he is doch ire vormünde, und is sin genotinne, und trit in sin recht, svenne se in sin bedde gat." Freiburger Stadtrodel §. 21: Omnis mulier est genoz viri sui in hac civitate et vir mulieris similiter" u. s. w. Diese Genossenschaft des Rechtes bedeutet Gleichheit des Standes. Kraut Vormundschaft. I. S. 178—184.

3) Schwabensp. (Laßb.) 8: „— daz ist davon gesetzet, daz der man des wibes vogt is und ir maister."

4) Auch das römische Recht hat diese Grundsätze, und zwar sind sie dort in ihren einzelnen speciellen Wirkungen durchgeführt. Die deutsche Praxis ist seit langer Zeit gewohnt gewesen, sich in Betreff dieser Rechtssätze auf das römische Recht zu berufen.

5) Man spricht hier häufig noch von einem Schlüsselrechte der Frau, wonach sie eine selbstständige Stellung im Hauswesen habe, in welcher sie nicht gekränkt werden dürfe. Es erscheint aber zweifelhaft, ob dieses jedenfalls der Natur der Sache entsprechende Verhältniß in die Sphäre des Rechts hereingezogen werden dürfe.

6) Darüber später im §. 246.

7) Pütter über Mißheirathen deutscher Fürsten und Grafen. 1796. Moser Familienstaatsrecht. Bd. 2 S. 23 flg. S. besonders Göhrum geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit nach gem. deutsch. Rechte u. s. w. 2 Bde. 1846. Das Erforderniß der Eben-

fehlt, ist eine Mißheirath vorhanden, welche außer der Ausschließung der Standesgleichheit der Gatten auch die Wirkung hat, daß die Kinder nicht den höheren Geburtsstand und Rang des Vaters theilen, und sowohl die Frau als die Kinder nur

---

bürtigkeit der Ehegatten war im Mittelalter, abgesehen von dem Verhältniß zwischen Freien und Unfreien, auch in Bezug auf einzelne Abstufungen der Freien anerkannt, jedoch veränderten sich die hierauf bezüglichen Rechtssätze außerordentlich häufig unter der Einwirkung der Wandelungen des Ständewesens. Später hat die Aufnahme des römischen Rechts das Princip der Ebenbürtigkeit bei der Ehe im Allgemeinen verdrängt. Es ist nur beim Herrenstande, den ehemaligen Reichsständen, d. h. dem heutigen hohen Adel, stehen geblieben, indem dieser Rechtssatz in dieser Sphäre durch Hausgesetze und Hausverträge, auch durch Observanz und die Reichsgesetzgebung (obschon die Wahlcapitulation v. 1742 Art. 22 die Worte „notorische Mißheirath" unerklärt läßt, und das Versprechen einer Erklärung in dem Zusatz hierzu in der Wahlcapitul. v. 1792 unerfüllt geblieben ist) und den Art. 14 der D. Bundesacte befestigt wurde. Von Mißheirathen des niedern Adels kann gemeinrechtlich nicht mehr die Rede sein. Indessen ist auch die Formulirung des heutigen Rechts der Ebenbürtigkeit beim hohen Adel nicht unbestritten, und in keiner Lehre hat es mehr Schwankungen gegeben als in dieser. Eine lebhaft vertheidigte Ansicht geht insbesondere dahin, daß es in Bezug auf die Frage, was eine Mißheirath sei, gar keinen allgemeinen objectiven Rechtssatz gebe, sondern lediglich das individuelle Recht jedes einzelnen Hauses entscheide. So Zöpfl über Mißheirathen in den deutschen regierenden Fürstenhäusern überhaupt und in dem Oldenb. Gesammthause insbes. 1853. Da es indessen doch das Regelmäßige ist, daß die Familien des hohen Adels an dem Princip der Ebenbürtigkeit festhalten, und nach dem Wegfall der Reichsgewalt, welche die ständischen Gegensätze durch Standeserhöhung ausgleichen konnte, der Abschluß des hohen Adels als historisch consolidirten Standes für immer vollendet erscheint, so muß es jetzt auch als Regel angenommen werden, daß nur die Ehe eines hochadeligen Mannes mit einer in ihrem Hause für ebenbürtig geltenden Tochter einer hochadeligen Familie für standesmäßig angesehen werden kann. Nur wenn das Hausgesetz oder die Hausobservanz auch die Ehen mit anderen als hochadeligen Personen ausdrücklich für hausrechtlich vollwirksam erklären, darf diese Regel im concreten Falle für durchbrochen angesehen werden.

diejenigen vermögensrechtlichen Ansprüche an der Hinterlassenschaft des Vaters erhalten, welche von der Voraussetzung der Ebenbürtigkeit unabhängig sind [8]). Werden diese Wirkungen der Mißheirath gleich bei Eingehung der Ehe vertragsmäßig bestimmt, so nennt man die Ehe eine Ehe zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam s. ad legem Salicam [9])).

---

8) Daher hat die Frau keinen Anspruch auf das standesgemäße Witthum, und die Kinder sind nicht succesionsberechtigt in Betreff der Stamm-, Fideicommiß- und Lehengüter, erhalten auch keine standesgemäße Apanage. Diese Nachtheile können durch Verzicht und Anerkennung der ebenbürtigen Erben (und Einwilligung des Lehensherrn) gehoben werden. S. über die Ansprüche aus solchen Ehen Heffter in der Zeitsch. f. D. R. Bd. 2 H. 2 Nr. 1.

9) II feud. 26 §. 15. II feud. 29: „Quidam habens filium ex nobili conjuge, post mortem ejus non valens continere, aliam minus nobilem duxit; qui nolens existere in peccato, eam desponsavit, ea lege, ut nec ipsa nec filii ejus amplius habeant de bonis patris, quam dixerit tempore sponsaliorum: quod Mediolanenses dicunt accipere uxorem ad morganaticam, alibi lege Salica. Hic filiis ex ea susceptis decessit. Isti in proprietatem non succedunt, aliis exstantibus: sed nec in feudo, etiam aliis non existentibus: qui licet legitimi sint, tamen in beneficio minime succedunt. In proprietate vero succedunt patri, prioribus non existentibus. Succedunt etiam fratribus sine legitima prole descendentibus secundum usum Mediolanensium.“ — Ueber das Institut überhaupt und namentlich über die Bedeutung des Namens s. Niebelschütz comm. de matr. ad morganaticam. Hal. 1851. — Die morganatische Ehe wird da stattfinden, wo die gesetzlichen Nachtheile der Mißheirath durch Festsetzung eines Minimum der Standes- und Vermögensrechte gemildert werden sollen. Eine Benutzung dieser Form, um in einer ebenbürtigen Ehe die Frau und Kinder ihrer rechtlichen Stellung zu berauben, kann nicht in der Sphäre der Dispositionsbefugniß des Einzelnen liegen. Das Recht knüpft die Successionsrechte an die Thatsache der ehelichen Geburt in ebenbürtigen Ehen, und diese Thatsache kann durch Vertrag nicht ungeschehen gemacht werden. Pütter Mißheirathen S. 361. A. A. Zöpfl Staatsrecht 2. Bd. §. 228. Ein ganz anderer Gesichtspunct ist der, ob nicht vielleicht ein gültiger Verzicht auf die Thronfolge concurrirt.

II. Einfluß der Ehe auf das Vermögen[1]).

Einleitung.

§. 225.

Unverkennbar ist der seit der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart gleichmäßig hervortretende Zug des deutschen Rechts, die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrer Beziehung auf das Vermögen nicht bloß durch die freie Willensbestimmung, also den sittlichen Geist der Ehegatten, sondern auch durch bestimmte Rechtsformen darstellen zu lassen. Diese Einwirkung der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten gestaltet sich in der Form einer Einheit der ehelichen Güter in der Hand des Mannes, der sie verwaltet und für die Zwecke der Ehe verwendet. Aber dieß ist bloß die allgemeinste Charakteristik der vermögensrechtlichen Wirkung der Ehe in Deutschland. Ohne diesen Grundsatz irgendwie zu verläugnen, hat ihn das deutsche Recht in der mannigfaltigsten inneren Gestaltung zur Anwendung gebracht; von der im Wesentlichen gemeinsamen Grundlage des mittelalterlichen Rechts ausgehend, in welchem er schon zur vollen Geltung gelangt ist, ist er der Einwirkung individueller Zufälligkeiten und Interessen, von denen die Besonderheit der Erscheinungs-

---

1) Ganz unrichtig ist es, wenn Walter System §. 186 Note 1 es tadelt, daß hier das eheliche Güterrecht mit den persönlichen Rechtsverhältnissen der Ehegatten in Verbindung gebracht wird. Wenn dieser Schriftsteller es aber in das Sachenrecht stellt, so setzt dieß eine völlige Unklarheit über den Begriff dieses Rechtstheils voraus. Denn es handelt sich hier nicht um Rechte an Sachen, sondern um die Einwirkung der organischen Idee des ehelichen Lebens auf das gesammte Vermögen, wobei die Institute des Sachen- und Obligationenrechtes nicht umgestaltet, sondern nur in eigenthümlicher Weise verwerthet werden. Mit demselben Rechte, als in das Sachenrecht, könnte Walter diese Lehre auch in das Obligationenrecht stellen.

form deutschrechtlicher Principien in localen und particulären Rechtsquellen abhing, in solchem Maße ausgesetzt gewesen [2]), daß die wissenschaftliche Beherrschung der Mannigfaltigkeit seiner Ausbildung nur durch die Aufstellung mehrerer Gruppen ehelicher Güterrechte bewirkt werden kann, welche sich dem Rechte des Mittelalters bald verwandtschaftlich zuneigen, bald entfremdet von ihm abwenden [3]).

§. 226.

Nach dem Rechte des Mittelalters [1]) haben Mann und

---

2) Es giebt keinen Gegenstand des Rechts, für dessen Bestimmung ein größeres Bedürfniß empfunden wurde, als für das eheliche Güterrecht. Der Mangel einer principiellen und systematischen Beherrschung des Rechts mußte bei einem Rechtsverhältniß, welches fast alle wichtigeren Vermögenszustände berührte, nachdem die einfachen Grundlagen der Rechtsbücher verlassen waren, eine Verwirrung herbeiführen, welche überall, auch in der kleinsten Stadt, die Thätigkeit der Gesetzgebung veranlaßte. Nachdem man sich der alten Principien entschlagen hatte und theilweise neue Rechtssätze ihrer fortdauernden Wirksamkeit entgegenstanden, fühlte man sich durch die Rechtsstreitigkeiten, welche täglich über diese Gegenstände erhoben wurden, in eine Menge von Zweifeln versetzt, denen man auf jede Weise zu entgehen strebte. Daher der außerordentliche Reichthum an statutarischen Bestimmungen und Willküren über das Güterrecht der Ehegatten.

3) Ueber die deutschen Güterrechte der Ehegatten überhaupt s. Ch. L. Runde deutsches eheliches Güterrecht. 1841.

1) Ueber die Geschichte der ehelichen Güterrechte in Deutschland s. Eichhorn Rechtsg. §. 62b. 369. 370. 451 flg. 456. 568. Hasse in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. 4. Bd. S. 60 flg. Albrecht Gewere S. 257 flg. Kraut Vormundschaft 2. Bd. S. 331 flg. Berck über das Bremische Güterrecht der Ehegatten (1832) §. 5—19. Cropp in seinen und Heise's juristischen Abhandl. II S. 427 flg. Wigand die Provincialrechte von Paderborn und Corvey. 2. Bd. (1832) S. 6 flg. Euler die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt. 1841. Wächter Würtemb. Privatrecht 1. Bd. S. 427 flg. Ferner gehören hierher die §. 227, Anmerkung, citirten Schriften von Schwarz, Roth und Hänel. — Insoweit sich die Schrift von Tardif „des origines de la com-

Frau kein gezweiet Gut während der Ehe[2]); da der Haushalt beider Gatten gemeinschaftlich ist, und sie die Lasten desselben mit ihrem beiderseitigen Vermögen tragen, so vereint es der Mann als Herr des Hauses zu diesem Zwecke in seiner Gewere[3]). Ihm gebührt daher ausschließlich die Verwaltung der vereinten Güter, nach vielen Statuten darf er sogar das bewegliche Frauengut allgemein, das unbeweg-

---

munauté des biens entre les époux. Paris 1850“ auf Deutschland bezieht, muß sie entschieden als verfehlt zurückgewiesen werden.

2) Sachsensp. I, 31 §. 1: „Man und wif ne hebbet nein getveiet gut to irme live. Stirfe aber dat wif bi des mannes live, se ne erft nene varende have wenne rade und egen, of se dat hevet, in den nesten. Wif ne mach ok ires gudes nicht vergeven ane ires mannes willen, dat he't dur recht dulden durve.“ Kraut Vormundsch. S. 551. Charakteristisch sagt auch das Kl. Kaiserrecht II, 100: „alle dink sullen sin in des mannes hant.“

3) Sachsensp. I, 31 §. 2: „Svenne en man wif nimmt, so nimt he in sine gewere all ir gut to rechter vormuntscap; dar umme ne mach nen wif ireme manne nene gave geven an irme egene, noch an irer varenden have, dar se't iren rechten erven mede verne na irme dode: wende die man ne mach an sines wifes gute nene andere were gewinnen, wen alse he to dem irsten mit ire untvieng in vormuntscap.“ Kraut a. a. O. S. 351 hat nachgewiesen, daß die hier gebrauchten Worte „Gewere zu rechter Vormundschaft“ kein Kunstausdruck sind (einen weiteren sprachlichen Beleg dafür s. im Sächs. Lehnr. 74 §. 1). Ebenso ist ihm durchaus beizustimmen, wenn er gegenüber der allgemeinen Ansicht, welche alle ehemännlichen Rechte auf das eheliche Mundium zurückführte, geltend macht, daß das Verwaltungs-, Benutzungs- und Veräußerungsrecht, sowie der Besitz des Frauenguts nicht Ausflüsse der Vormundschaft, sondern der hausherrlichen Gewalt sind; auf diese natürliche Grundlage muß daher auch die Stellung des Mannes im heutigen Rechte gebaut werden. Wie sehr diese Unterscheidung dem mittelalterlichen Rechte bewußt war, ergiebt sich z. B. aus dem Rechtsbuch Ruprechts von Freising (Maurer) c. 52. A. Ansicht aber wieder Bluntschli d. Pr.-R. §. 153, jedoch ohne genügende Gründe. — Die letzte Hälfte der obigen Stelle des Sachsensp. spricht die Wirkung des Stammgutssystems in Betreff der ehelichen Güter aus, welche später wegfiel (Kraut S. 437 flg.); die Unmöglichkeit

liche wenigstens im Falle der Noth willkürlich veräußern[4]), während er nach dem älteren Rechte darin an die Zustimmung der Frau, bei Grundstücken auch an die ihrer nächsten Erben gebunden ist[5]). Durch die eheliche Vormundschaft des Mannes ist die Frau in der Veräußerung ihres Vermögens beschränkt[6]), auch braucht er ihre ohne seine Einwilligung während der Ehe gemachten Schulden nicht anzuerkennen und aus ihrem Vermögen zu bezahlen[7]). Durch diese äußere Vereinigung der Güter wird das Eigenthum daran, wie es vor der Ehe bestand, nicht verändert. Das während der Ehe erworbene Vermögen (eheliche **Errungenschaft**) gebührt dem Manne; eine Errungenschaftsgemeinschaft der Ehegatten läßt sich aus dem Rechte des Mittelalters nicht nachweisen[8]). Nach **Beendigung** der Ehe

---

einer Vergabung fahrender Habe (hier der Gerade) an den Mann beruht auf einem andern Grunde, Kraut S. 432.

4) So das Hamburg. Stadtrecht v. 1292 Cap. 14 (Cropp. a. a. O. S. 472). Lübisches Recht Cod. Hach. I, 15. II, 18. Rev. Lüb. R. I, 5, 9. Pauli Abhandl. aus d. Lüb. R. 2. Theil §. 4—12. Berck Bremisches Güterrecht S. 198 flg. S. auch Schwabenspiegel (Wackern.) Art. 10 und 23. — Eine ganz freie Dispositionsgewalt gestatten Freiburger Stadtprivil. v. 1120 S. 33, die Bremer Handfeste v. 1218 Art. 42 und bei beerbter Ehe das alte Lüneburger Stadtr. (bei Kraut Vormundsch. S. 499 Not. 11 und S. 509 Note 7).

5) Hamburg. Stat. v. 1270 I, 20. Daß dieß auch der Inhalt des Rechts des Sachsenspiegels sei, ist gegenüber der früheren entgegenstehenden Meinung (Eichhorn Einl. §. 296 f) bewiesen worden von Kraut a. a. O S. 450 flg. Aber der Zug des Rechts ging dahin, das Veräußerungsrecht des Mannes immer freier zu gestalten, wie sich dieß schon im späteren sächs. Rechte (Kraut a. a. O. S. 441 Not. 1) zeigt.

6) Sachsensp. I, 45 §. 2 (s. Kraut S. 392). Sachsensp. 59. Verm. Sachsensp. I, 20, 16.

7) S. die Belege bei Kraut Vormundsch. S. 406 Note 1.

8) Allerdings findet sich in einigen ältern germanischen Rechtsquel- (L. Ripuar. 37, 2. Capitular. Lib. 5 c. 295. L. Saxon. 9) die Bestimmung, daß die überlebende Wittwe beim Tode des Mannes einen

löst sich die Vermögenseinheit. Das Frauengut, insoweit es noch wirklich vorhanden ist[9]), fällt an die Wittwe oder ihre Erben zurück[10]); jedoch behält der überlebende Mann die fahrende Habe der Frau, insoweit sie nicht zur Niftelgerade gehört[11]), und die überlebende Frau die Gerade, den Mußtheil und was ihr sonst als Leibzucht, Witthum und Morgengabe bestellt ist, aus dem Nachlaß des Verstorbenen[12]).

Theil der Errungenschaft erhalten solle. Ebenso in einigen Formeln, s. Kraut S. 382 Note 7. Aber immer bleibt es noch zweifelhaft, ob damit schon ein bei Lebzeiten des Mannes bestehendes Recht, oder nicht vielmehr nur ein Erbrecht gemeint sei. Jedenfalls scheint es verfehlt, wenn Kraut S. 377 u. flg. in jenen Bestimmungen, welche Manche für fränkisches Recht halten, gemeines deutsches Recht finden will, oder wenn er gar die moderne Errungenschaftsgemeinschaft damit in Verbindung setzt. In den Rechtsbüchern des Mittelalters findet sich für diese Ansicht gar keine Unterstützung. Sachsensp. III, 76 und Magdeb. Recht v. 1304 (Gaupp 296) sprechen vielmehr dagegen, sowie auch das heutige Sächsische Recht, welches in dieser Hinsicht auf der alten Grundlage stehen geblieben ist. Heise und Cropp jur. Abh. II S. 445. Heydemann Joachimische Constitution S. 62 flg. Ganz andere Grundlagen hat die neue Errungenschaftsgemeinschaft im Würtembergischen Landrecht u. s. w. S. darüber unten Note 15. — Walter d. Rechtsgeschichte §. 491 ist (nach Kraut a. a. O. S. 387) der unrichtigen Ansicht, daß die Errungenschaft „stillschweigend in der Gerade stecke." — S. auch Gerber in seinen und Ihering's Jahrbüchern 1. Bd. S. 250.

9) Ob die Wittwe oder ihre Erben das Recht hatten, den Ersatz des vom Ehemanne ungültig veräußerten Frauenguts zu verlangen (Hasse a. a. O. S. 70, Cropp a. a. O. S. 447 Note 31; a. M. Kraut a. a. O. S. 461 trotz des Verm. Sachsensp. I, 5. 5 und des Art. 146 des Schwabensp. n. d. Laßb. Ausg.), ist zu bezweifeln; gewiß aber muß die Herausgabe der Gerade, welche alle Gegenstände aus der Verlassenschaft des Mannes enthielt, die zum Begriff der Aussteuer gehörten, als eine Entschädigung und Ausgleichung in dieser Hinsicht angesehen werden. Eichhorn Einl. §. 297, 1.

10) A. M. Albrecht Gewere S. 263.

11) Sachsensp. I, 31. III, 76.

12) Sachsensp. I, 20—24. Der Schwabenspiegel kennt die Gerade nicht, wenigstens nicht dem Namen nach.

Dieses einfache Verhältniß wurde schon frühzeitig im städtischen Leben modificirt. Das Verschwinden der Familienrechte am Erbgute neben dem im rascheren Vermögensflusse gesteigerten Werthe der fahrenden Habe, welche dort den hauptsächlichsten Theil des Vermögens ausmachte, führte allmählig eine engere Vereinigung der ehelichen Güter herbei, als nach dem früheren Rechte möglich war; der Mann, der schon früher in den Städten die fahrende Habe der Frau im Interesse der Ehe frei veräußern durfte, konnte nun auch über ihr unbewegliches Vermögen verfügen, und sowie man sich gewöhnte, ihn während der Ehe als Herrn des gesammten Vermögens zu betrachten, so lag es nah, daß man bald das Frauengut auch nach seinem Tode für seine Schulden haften ließ*). Dieses durch die Sitte, dann durch besondere Eheverträge lang vorbereitete und endlich statutarisch bestimmte Verhältniß zeigte seine hauptsächlichste Wirksamkeit bei der Trennung der Ehe durch den Tod; je näher man dem System der Rechtsbücher stand, desto mehr hielt man daran fest, daß dem überlebenden Gatten sein ursprüngliches Vermögen zurückgegeben werde, zu dem nun auch ein Erbtheil (oder eine Leibzucht) vom Vermögen des Verstorbenen hinzutrat; je weiter man sich davon entfernte, desto mehr verschwand die Unterscheidung des vorehelichen Vermögens,

*) Diesen Entwicklungsgang erkennt in der Haupsache auch für das fränkische Recht an: Schwarz die G.-G. der Ehegatten nach fränkischem Rechte 1858 S. 67 flg. Nur führt er die vollkommene Gütervereinigung für dieses Recht, welche sich namentlich noch darin beurkundete, daß über das beiderseitige unbewegliche Gut nur mit Zustimmung beider Gatten verfügt werden konnte — ein Satz, der zur Ausbildung jener Gütergemeinschaft wesentlich beitrug — insbesondere auf die Sitte zurück, daß sich die Ehegatten in den Eheverträgen gegenseitig eine lebenslängliche Leibzucht am Grundvermögen zu bestellen pflegten, was sich später zum Gewohnheitsrecht ausgebildet habe. Schwarz S. 13 flg.

und der Anspruch des Ueberlebenden gestaltete sich dann in der Regel zu dem Rechte auf Herausgabe eines quoten Theils der gesammten Gütermasse[13]), bisweilen auch des ganzen Nachlasses. In dem Maße des Fortschritts auf dieser Bahn und der Entfernung vom mittelalterlichen Rechte liegt die Individualität eines localen ehelichen Güterrechts. Schon jetzt trennen sich nun zwar die einzelnen Statuten durch die mannigfaltigste Verschiedenheit in der Festsetzung des Einzelnen; namentlich herrscht bei der Bestimmung des ehelichen Erbrechts mit oder ohne Concurrenz der Kinder eine Principlosigkeit und aus subjectiver Billigkeit hervorgehende Willkür, welche oft verdunkelnd auf das Gütersystem überhaupt zurückwirkt. Aber doch verlieren sich die Statuten nicht in eine unbegränzte Weite, sondern noch immer ruhen sie auf dem gemeinsamen Grundprincip der deutschen Gütereinheit, nach welcher das Vermögen der Ehegatten durch den gemeinsamen ehelichen Haushalt zwar in eine innige Vereinigung gebracht und der Verfügung des Mannes unterworfen wird, aber das Eigenthum jedes Ehegatten an seinem Specialvermögen unberührt bleibt, obschon besondere Uebereinkunft oder ein Rechtssatz bei der Trennung der Ehe statt des Rechts auf die ursprünglichen eingebrachten Vermögensgegenstände häufig den Anspruch auf eine Quote des Nachlasses substituirt[14]).

Je unbestimmter und weiter sich die Gränzen des deutschen ehelichen Güterrechts gestalten, desto leichter wurde eine

---

13) S. z. B. das Landsberger Privilegium v. 1392 in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. II S. 328 N. 6.

14) Vgl. über diese Entwickelung der ehelichen Güterrechte, die sich kaum in den allgemeinsten Zügen darlegen läßt, bes. Eichhorn Rechtsgesch. §. 370. 451. 452.

störende Einwirkung des römischen Rechts. Wo sich das mittelalterliche Recht am reinsten erhalten hatte, glaubte man unbedenklich das römische Güterrecht der Ehegatten anwenden zu dürfen, das man, um dem deutschen Herkommen wenigstens einige Berechtigung zu gewähren, im besten Falle durch Annahme eines s. g. ususfructus maritalis an den Gütern der Frau und eines statutarischen ehelichen Erbrechts (portio statutaria) modificirte. Noch glücklicher glaubte man das spätere statutarische Güterrecht der Ehegatten, welches dem Ueberlebenden ein Recht auf die gesammte eheliche Gütermasse oder einen Theil davon gewährt, zu schützen, wenn man die Ehegatten in das Verhältniß der Societät, oder eines s. g. Gesammteigenthums, oder der Träger einer juristischen Person setzte; damit gelangte man zu der s. g. Gütergemeinschaft, welche entweder das ganze Vermögen (allgemeine G.-G.) oder nur einen Theil (particuläre G.-G.)[15]) umfaßte, ein System, welches seltener durch gesetzliche Sanction, am

15) Die moderne Errungenschaftsgemeinschaft ist eine Schöpfung der romanisirenden Jurisprudenz des 15. und 16. Jahrhunderts. Man wollte das irrigerweise in den deutschen Rechten vorausgesetzte Societätsprincip aus Gründen römischer Anschauung auf ein möglichst kleines Feld zurückführen, und bestimmte dieß aus rationellen Erwägungen auf die Errungenschaft. In Württemberg bestand vor der Abfassung des Landrechts (dessen Hauptquelle bekanntlich das Freiburger Stadtrecht war) nichts weniger als eine Errungenschaftsgemeinschaft. S. jetzt auch die interessanten Erwägungen der württemberg. Landrechtsacten (1859) S. 467 flg. Es ist freilich richtig, daß in vielen älteren Statuten des eingebrachten und des während der Ehe erworbenen Guts besonders gedacht wird; aber darin liegt weitaus noch nicht eine Anerkennung des künstlichen Systems der modernen Errungenschaftsgemeinschaft. Nicht beweisend gegen diese Auffassung ist auch das von Roth in Bekker und Muther Jahrb. III S. 352 Ausgeführte. S. aber die guten Literaturnotizen in dessen und Meibom's kurhess. Pr.-R. I. S. 379.

meisten durch eine weitverbreitete Doctrin[16]) im Leben Verwirklichung fand.

§. 227.

Vom Standpuncte des heutigen Rechts aus kann nur diejenige Gestaltung des ehelichen Güterrechts für eine organische Entwickelung des älteren deutschen Rechts angesehen werden, welche im Folgenden als das System der Gütereinheit bezeichnet wird, und trotz der vielfachen Verunstaltungen und Umbildungen durch die Feinde und Freunde des einheimischen Rechts noch immer reichlichen Boden namentlich dann unter sich hat, wenn es auch da anerkannt wird, wo ihm bisher nicht ein Gesetz oder Gewohneitsrecht, sondern nur eine irrige Doctrin den Zugang versperrte[1]). Im Streite mit diesem System ist die Veränderung desselben, welche den Namen Gütergemeinschaft führt, und in Particularrechten, wenn auch selten im ganzen Umfange, doch häufig in seinen einzelnen Wirkungen Bestätigung gefunden hat; auch diese bedarf einer besonderen Darstellung.

16) Schon von Veracius lib. consuet. Bamberg. (1681) vorgetragen, in neuerer Zeit namentlich von Lange Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter den deutschen Eheleuten (1766), Scherer die verworrene Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten 2 Thle. (1779. 1800) und Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 6. Bd. S. 370 flg.

1) Seit dem Erscheinen dieses Buchs ist das System der Gütereinheit, das man früher unpassend die äußere und formelle Gütergemeinschaft nannte, auch von Beseler, Bluntschli und Walter aufgestellt worden. Nur haben sich diese Schriftsteller in der Auffindung neuer Namen versucht (Gütervereinigung, Güterverbindung, oder gar das System des geeinten Guts). Eine Würdigung und Charakteristik der verschiedenen Systeme, insbesondere der Gütereinheit s. bei Gerber in seinen und Ihering's Jahrbüchern der Dogmatik Bd. 1 (1857) S. 239 flg. S. jetzt auch Rathmann einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinen Rechte in Deutschland 1859.

da sie in dem Rechtsbewußtsein eines großen Theils des deutschen Volks wirklich zur Herrschaft gekommen ist[2]). Endlich fordert auch das modificirte Dotalsystem vermöge seiner Ausbreitung eine ausdrückliche Berücksichtigung. Insofern der Kern aller dieser Institute aus demselben deutschen Stoffe erwachsen ist, trifft diese Auffassung nicht der Vorwurf einer bloß statistischen Darstellung.

Anmerkung. Es ist von dem Verfasser dieses Buchs niemals verkannt worden, daß die hier gegebene Gruppirung der deutschen ehelichen Güterrechte, nach welcher die Gütereinheit das Centrum bildet, nicht mit dem Ergebniß einer bloßen Rechtsstatistik übereinstimmt, auch hat er sich niemals verhehlt, daß diese Entwickelung, indem sie hauptsächlich das Gebiet das Sachsenspiegels und der verwandten Rechte zum Ausgangspuncte nimmt, den Schein der Einseitigkeit hervorbringen müsse. Indessen war nach der ganzen principiellen Anlage dieses Buchs die bloße Vollständigkeit niemals die Aufgabe, die er zu erreichen bemüht war; namentlich bei der Darstellung des ehelichen Güterrechts konnte das Ziel nur dieß sein, aus der unendlichen Mannigfaltigkeit der Erscheinungen diejenige Bildung herauszufinden und wissenschaftlich zu entwickeln, welche als die den allgemeinen Grundlagen des deutschen Rechts am meisten entsprechende und deshalb recht eigentlich deutsche erschiene, — und daß dies das Princip der Gütereinheit sei, wird man bei genauerer Prüfung von diesem Gesichtspuncte aus gewiß anerkennen müssen.

Allerdings ist es nicht unmöglich, eine größere und zum Theil selbstständige Gruppe daneben aufzustellen, welche in dem Begriffe des fränkischen Rechts zusammengefaßt werden kann. Die Eigenthümlichkeiten desselben giebt Schwarz die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte (1858) S. 67 dahin an: „Ueber das gesammte bewegliche Vermögen konnte der Mann frei verfügen, über das gesammte unbewegliche (also auch sein eigenes) nur mit Zustimmung der Frau; die gesammte Fahrniß fiel dem Ueberlebenden zu freier Verfügung an, alles unbewegliche Vermögen war den Kindern verfangen.“ Auf dieser

---

2) Walter §. 207, 5 tadelt diese Auffassung, weil die Jurisprudenz nicht bloß das überlieferte Recht fixiren, sondern in Uebereinstimmung mit den Rechtsbedürfnissen der Zeit auch neues schaffen solle. Ganz richtig! Aber das ist eben die Frage, ob die Eigenthumsgemeinschaft ein Bedürfniß der Ehe sei.

Stufe der Entwickelung kann jedoch das fränkische Recht gewiß noch als innerhalb der Sphäre der Idee der Gütereinheit liegend betrachtet werden, welche der verschiedensten inneren Modificationen fähig ist. So ist auch die Ansicht Wächter's in seiner lichtvollen Darstellung der Württembergischen Statuten (Württ. Pr.=R. I. S. 197 N. 12) und Anderer. Nun ist aber dieses ältere fränkische Recht fast nirgends zu einer ruhigen Ausbildung gekommen, sondern seit dem sechzehnten Jahrhunderte meist völlig umgestaltet worden, und zwar in der Regel in die allgemeine Gütergemeinschaft oder in die Errungenschaftsgemeinschaft. Obschon auch bei diesen Umgestaltungen die Ausgangspuncte zum Theil eigenthümliche und andere waren als bei den Umgestaltungen dieser Art im sächsischen Rechte, so herrschte dabei doch, wie die Ausführung von Schwarz von Neuem zeigt, so viel Willkür, daß es für die Darstellung des gemeinen Rechts bisher kaum möglich zu sein schien, eine geschlossene Gruppe des fränkischen Rechts bis zur Gegenwart fortzuführen (anders für die Darstellung des particulären Rechts). Am wenigsten aber schien es bei einem solchen Versuche gerechtfertigt, das vermögensrechtliche Verhältniß der Ehegatten zu einander auf die Institute der Verfangenschaft und des Theilrechts zu gründen, d. h. auf Festsetzungen, welche sich wesentlich nur auf das Verhältniß der Eltern zu den Kindern nach Auflösung der Ehe beziehen.

Auf Grund dieser Erwägungen habe ich einer hauptsächlich auf die schon von Wächter und Schwarz beigebrachten Materialien gestützten Polemik Roth's*) gegen die von mir dem System der Gütereinheit beigelegte Bedeutung für das heutige System des gemeinen deutschen Rechts eine Einwirkung für jetzt noch nicht beimessen können; ob die mehreren darin vorgebrachten Aufstellungen über die geschichtliche Entwicklung einzelner Institute des fränkischen Rechts haltbar sind, kommt hier zunächst nicht in Frage.

Indessen will ich durch diese Darlegungen der Frage nicht vorgegriffen haben, ob sich nicht künftig auch für diese Darstellung eine Gruppirung des ganzen ehelichen Güterrechts nach den zwei Rechtsmassen des sächsischen und fränkischen Rechts empfehlen wird, vorausgesetzt nämlich, daß sich die fränkische Rechtsmasse bei weiterer Untersuchung auch für ein System des gemeinen Rechts als einer wissenschaftlichen Consolidirung fähig erweist.

Wenn aber in neuester Zeit Hänel (Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 273 flg. (1862) eine Reihe von Statuten, welche im Allgemeinen dem Bereiche des sächsischen Rechts angehören, in derselben Rich=

*) S. in Bekker's und Muther's Jahrb. III. S. 313 flg.

tung zu einer Gruppe, die er „ostfälisch" nennt, zusammenfaßt, so habe ich mich weder von der Berechtigung dieser Gruppirung, noch von der Existenz der in den einzelnen Statuten (namentlich dem Statut von Mühlhausen, — S. 284) angeblich herrschenden materiellen Principien überzeugen können.

1) Eintritt und Dauer der Wirkungen der Ehe auf das Vermögen.

§. 228.

Der Einfluß der Ehe auf die Gestaltung des Vermögens beginnt mit dem Augenblicke der rechtlichen Vollendung des ehelichen Verhältnisses, also des Vollzugs der kirchlichen Trauung oder der Vornahme des entsprechenden Civilactes. Die frühere Bestimmung des deutschen Rechts, daß jene Wirkung mit der Beschreitung des Ehebettes anfange[1]), ist nur in einzelnen Statuten[2]) festgehalten worden. Die ehelichen Güterverhältnisse lösen sich mit der Beendigung der Ehe durch Tod, Scheidung oder Annullirung[3]).

2) Begründung eines bestimmten ehelichen Güterrechts.

§. 229.

Die besondere Art der ehelichen Güterverhältnisse kann durch Vertrag der Ehegatten bestimmt werden, und zwar kann dieser sowohl gleich bei Eingehung der Ehe das Güterrecht zuerst feststellen, als auch ein schon bestehendes später

---

1) Sachsensp. I, 45, II, 45, 3.

2) Berck Bremische Güterr. Not. 23 und 201. Schweriner Recht v. 1593 (Westph. 1, 2039).

3) Es ist natürlich, daß eine so bedeutende Einwirkung auf das Vermögen mit der Auflösung der Ehe nicht sofort spurlos verschwindet; aber der größere Theil dieser Nachwirkungen gehört nicht zu dieser Lehre.

wieder verändern[1]), wobei jedoch die schon begründeten Rechte Dritter an dem ehelichen Vermögen unberührt bleiben[2]). Oeffentliche Bekanntmachung oder die Beobachtung bestimmter Formen der Ehepacten ist an sich nicht nothwendig, particularrechtlich aber vorgeschrieben[3]). Ist kein Vertrag vorhanden, so werden die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe durch das Gesetz[4]) oder Gewohnheitsrecht bestimmt, welches am ersten Domicil des Ehemannes gilt. Die Natur des ehelichen Güterverhältnisses bringt es jedoch mit sich, daß durch seine Feststellung durch das Gesetz nicht bloß die Möglichkeit einer Anwendung bestimmter Rechtssätze gegeben wird, sondern auch eine positive, im Leben fixirte Gestaltung der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten, welche eine Reihe gegenseitiger Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt; dieses als gesetzliche Folge der Ehe begründete Rechtsverhältniß unterliegt keiner andern Einwirkung der Gesetzgebung, als jedes bestehende Rechtsverhältniß überhaupt, und insbesondere folgt daher aus seiner ursprünglichen Veranlassung durch das Gesetz keineswegs, daß es bei einer Veränderung des Wohnorts des Ehemannes[5]) sich sofort in dasjenige verändere, weches vom

1) Die Bestimmungen des älteren deutschen Rechts über diesen Gegenstand waren häufig absoluter Natur, namentlich auch die der meisten städtischen Statuten. Im Gegensatze davon sind die heutigen Bestimmungen über eheliches Güterrecht größtentheils nur subsidiäre. Runde ehel. Güterr. §. 155 u. 156.

2) Runde a. a. O. S. 359.

3) Pr. Landr. II, 1 §. 356 flg. 422 flg. Münster. Erbpachtordn. II, 8 §. 118. S. die Nachweisungen bei Beseler Erbvertr. II, 2 S. 130 flg.

4) Nicht immer bezieht sich ein solches Gesetz auf alle Classen von Personen; namentlich wird die gesetzliche Gütergemeinschaft sehr häufig auf die Nichtadeligen beschränkt.

5) Oder bei einer Veränderung der Gesetzgebung, oder des Standes.

Gesetze des neuen Domicils bestimmt wird[6]). Dagegen lassen manche Particularrechte eine Veränderung der ehelichen Güterrechte, namentlich in die Gütereinheit oder Gütergemeinschaft eintreten, wenn die Ehe eine bestimmte Zeit gedauert hat[7]), oder wenn Kinder geboren werden (wenn

---

6) A. M. Eichhorn Einl. §. 307 Not. d. Runde ehel. Güterr. §. 97 Not. a u. A. m. Die Vertheidiger der richtigen Ansicht (namentlich Wächter im Archiv f. civil. Praxis Bd. 25 S. 49 flg. und Schüler in den Abhandlungen von Ortloff, Heimbach, Schüler u. s. w. Bd. 1 (1847) S. 450 flg.) stützen dieselbe auf die Vertragsmäßigkeit der Güterrechte, d. h. auf die Annahme, daß die Ehegatten durch Eingehung der Ehe ohne Abschluß besonderer die Güterrechte betreffender Verträge sich stillschweigend dem Gesetze unterwerfen, die gesetzliche Bestimmung zur vertragsmäßigen erheben, oder daß die Güterverhältnisse von den persönlichen der Ehegatten untrennbar seien, daher ein Vertrag über die letztern auch stillschweigend die erstern umfasse. Diese Annahme ist unerweislich; die Bemerkung Eichhorn's, welche gegen sie gerichtet ist, daß der Ehevertrag sich nur auf Entstehung des persönlichen Verhältnisses beziehe, von dem die Güterrechte nur gesetzliche Wirkungen seien, ist vergebens bestritten worden. Der im Text gegebenen Begründung der richtigen Ansicht (welche jetzt auch Walter §. 229 entlehnt hat) ähnlich, aber nicht ganz befriedigend ist die von Savigny System des heut. R. R. Bd. 8 S. 331. Die entgegengesetzte Ansicht wird jetzt von Neuem in Schutz genommen durch Bremer in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 18 S. 200 flg. — Uebrigens bin ich der Ansicht, daß sich die Wirkung des fremden Güterrechts nur auf das Verhältniß der Ehegatten zu einander selbst bezieht, auf das Erbrecht dagegen nur insoweit, als dieß untrennbar mit dem ehelichen Güterrecht zusammenhängt. Besteht ein solcher Zusammenhang nicht, so ist die Wirksamkeit des fremden Rechts, z. B. bei der Trennung der Ehe durch den Tod, beendigt, wenn nach Maßgabe seiner Vorschriften der Nachlaß des Verstorbenen festgestellt ist; die Erbrechte des Ueberlebenden und der Kinder oder Verwandten, sowie die Rechte des Ueberlebenden an dem ererbten Vermögen der Kinder ebenfalls nach dem fremden Rechte zu bestimmen, dafür besteht im Allgemeinen kein Grund.

7) Schweidnitz. Stat. bei Scherer 1, 51. Hohenloh. Landr. I, 4 §. 1.

die Ehe beerbt ist[8])), und umgekehrt gestatten manche Gesetzgebungen der Ehefrau, bei verschwenderischer Lebensart oder beim Concurse des Mannes das bisherige Güterverhältniß (besonders die Gütergemeinschaft) gerichtlich auflösen zu lassen[9]).

3) Inhalt der Wirkungen der Ehe auf das Vermögen.

A) Die Gestaltung der Gesammtheit der ehelichen Güter.

a) System der Gütereinheit*).

§. 230.

Nach der Anschauung des ehelichen Verhältnisses in Deutschland werden die Bedürfnisse der Ehegatten als gemeinschaftliche, daher als Bedürfnisse der Ehe angesehen, zu deren Befriedigung beide Ehegatten mit ihren Gütern beizusteuern verbunden sind[1]). Diese Verpflichtung erfordert

---

8) So namentlich das Lübische Recht (s. d. §. 230).

9) S. Runde a. a. O. §. 100.

*) Gerber in der §. 227 N. 1 angeführten Abhandl. S. 253 flg.

1) Die Pflicht zur gemeinschaftlichen Bestreitung des ehelichen Aufwands hat im deutschen Rechte einen weit größeren Umfang, als im römischen, wo man unter ehelichen Lasten nur die Kosten des inneren Haushalts und der Erziehung der Kinder versteht, während das übrige Privat- oder Geschäftsleben eines Gatten gar nicht als ein durch das eheliche Verhältniß wesentlich berührtes erscheint. Anders im deutschen Rechte, wo die Ehe eine vollendete Lebensgemeinschaft darstellt, wo auch das Geschäft, der practische Lebenszweck und äußere Beruf des Mannes (unter Umständen auch der Frau) aufhört, ein dem einzelnen Gatten ausschließlicher zu sein und in die Gemeinschaft eintritt; hier giebt es keinen Gegensatz zwischen ehelichen und nichtehelichen Lasten der Ehegatten, keine Unterscheidung zwischen Lebensverhältnissen, welche von der Ehe ergriffen werden, und solchen, welche außerhalb derselben stehen. Denn wenn auch die Verantwor-

keineswegs eine Rechtsveränderung im Vermögen der Ehegatten, sondern es genügt eine rechtliche Anordnung der gegenseitigen Verbindlichkeit derselben, ihre Güter zu jenem Zwecke zu gebrauchen. Es wäre nun denkbar, daß dieser Absicht durch eine Bestimmung entsprochen würde, nach welcher jeder Gatte selbstständig von seinem besonderen Vermögen gewisse Beiträge zur gemeinschaftlichen Bestreitung des ehelichen Aufwands geben müßte [2]); dadurch würde aber in einer der wichtigsten Beziehungen die innige naturgemäße Lebensgemeinschaft gestört sein, welche im deutschen Rechtsleben als das Wesen der Ehe betrachtet wird. Das deutsche Recht läßt im Gegentheil auch in dieser äußeren Seite die innere Einheit der Ehegatten hervortreten, indem es das beiderseitige Vermögen äußerlich vereinigt und im Anschlusse an die natürliche Gestaltung des ehelichen Lebens in die Hand des Mannes, als des Hauptes und Vertreters der Familie, niederlegt. Dadurch erwächst dem Manne an den Gütern der Frau kein dingliches Recht, sondern nur die Be-

---

tung und Berufsausübung dem Manne allein zukommt, so nimmt doch die Frau Theil an dem Stande, den Einkünften und der ganzen inneren Haus- und Familiengestaltung, die ein bestimmtes Berufsleben erzeugt. Dieß ist das Ergebniß einer Sitte und Anschauungsweise, welche lediglich dem deutschen Leben eigenthümlich ist. Ehelicher Aufwand, Lasten der Ehe heißt deshalb heutzutage nicht bloß der engere Haushalt, sondern Alles, was die Ehegatten an Mitteln zur Bestreitung der Kosten ihres gesammten inneren und äußeren Lebens bedürfen. Hasse in der Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. IV. S. 67.

2) Dieß ist der Standpunckt des römischen Rechts, wo dem Manne die Pflicht zur Unterhaltung des Hauswesens zukommt und die Frau sich daran nur mit der dos betheiligt. Dieß Verhältniß ist nach der deutschen Anschauung geradezu unmöglich; daher hat auch das Institut der dos, wo es wirklich eingeführt wurde, nie seine eigentliche römische Bedeutung erhalten, im s. g. gemischten Dotalsysteme ist die Bezeichnung dos eben nur ein Name, wenn auch immer die Dotalprivilegien diesen Namen bedeutungsvoll machen.

fugniß, es in Gemeinschaft mit seinen eigenen Gütern für die Anforderungen der Ehe, wie sie zunächst durch ihn, als den überwiegenden Theil, bestimmt werden, zu gebrauchen und darin die Frau zu vertreten; dadurch werden der Frau die Rechte an ihrem Vermögen nicht entzogen oder geschmälert, sie wird nur verpflichtet, die Verwendung ihrer Güter für die Zwecke der Ehe durch die Person ihres Mannes geschehen zu lassen[3]). Diese Gestaltung des ehelichen Lebens in Betreff des Vermögens ist das Wesen der Gütereinheit, welches daher weder in einem Societäts- oder Communionsverhältniß, noch in einem Gesammteigenthum, noch in dem Verhältniß einer juristischen Person, noch in dem alleinigen Eigenthume oder Nießbrauche des Mannes an den gesammten ehelichen Gütern gefunden werden kann.

3) Dieß ist der eigentliche Rechtscharakter der deutschen ehelichen Gütereinheit, den man immer verkannt und anderswo gesucht hat. Die eheliche Gütereinheit ist durchaus keine Rechtsveränderung, welche man als ein Successionsverhältniß (wie Runde ehel. Güterr. S. 88), oder eine Art der Entstehung dinglicher und persönlicher Rechte behandeln könnte. Indem man dieß verkannte, ist man zur Aufstellung der im Text genannten irrthümlichen Kategorieen gekommen, welche leider oft in der Gesetzgebung direct oder indirect sanctionirt wurden; das Ergebniß der Sanctionen ist die s. g. Gütergemeinschaft geworden. Alle Versuche, solche Ansichten in sich zu corrigiren, d. h. ohne den Standpunct der Annahme einer Rechtsveränderung zu verlassen, müssen von vorn herein als verfehlt erscheinen. Daher ist Schüler's Versuch in seinen und Ortloff's u. s. w. jurist. Abhandl. Bd. 1 (1847) S. 485 flg., die Gütereinheit als das Verschmelzen der vermögensrechtlichen Persönlichkeiten der Ehegatten in eine Person (nicht eigentlich eine juristische Person) darzustellen, ebenfalls für mißlungen zu erachten; bei einem richtigen Gefühl bleibt er in einer äußerlichen Anschauung befangen, die er für das ansieht, was sie durchaus nicht sein kann, nämlich eine juristische Construction. — Das von mir hier zuerst entwickelte Princip hat auch Walter System §. 192 im Wesentlichen angenommen. Um so weniger sind daher seine Expectorationen zu §. 196 N. 2 zu erklären.

Der Umfang der Rechte des Mannes am Vermögen der Frau hat nun zwar in dem Bedürfnisse seine natürliche Gränze; aber eine mit voller Schärfe bestimmte rechtliche Verantwortlichkeit für jede Ueberschreitung derselben ist dem Rechte unbekannt, da die Feststellung der Größe des ehelichen Aufwands selbst hauptsächlich auf dem Willen des Mannes beruht, das Verhältniß der Ehegatten überhaupt seine Grundlage in dem vorausgesetzten Vertrauen findet, und in der allgemeinen Anerkennung ehelicher Erbrechte die Möglichkeit eines Ersatzes geboten wird. Der Inhalt der ehemännlichen Rechte ist nach der Natur der Gegenstände des Frauenguts und der ehelichen Verhältnisse unendlich verschieden; der Gebrauch der ehelichen Güter wird in der Regel in einer Benutzung ihrer Substanz, bisweilen auch einer Veräußerung derselben bestehen, aber gerade in der Beschränkung der letztern wird der Frau der sicherste Schutz gegen Willkür des Mannes gegeben[4]).

§. 231.

Bei dem System der Gütereinheit[1]) fällt das gesammte

4) Das Verhältniß ist äußerst schwankend, da die Theorie seither die richtige Grundlage verkannt hat, und die Gesetzgebungen sich mit der Bestimmung einzelner Seiten desselben begnügen, das Meiste dem sittlichen Geiste der Eheleute überlassend. Es gilt hier, eine feste Grundlage zu schaffen, eine Aufgabe, die allerdings mehr für die Zukunft berechnet ist, als für die Erklärung einer zu einer wissenschaftlichen Einheit kaum zu fördernden Summe der verschiedenartigsten Statuten.

1) Die Grundlage dieses Systems möchte wohl bei Weitem der Mehrzahl derjenigen Statuten eigenthümlich sein, welche früher und zum Theil auch heute noch den Gesetzen der Gütergemeinschaft beigezählt werden. Es war ein trauriger Umstand, daß die Theorie der früheren Zeit fast nur den Gegensatz zwischen dem Dotalsysteme und der Gütergemeinschaft kannte, indem dadurch viele Statute gegen

vor und während der Ehe erworbene Vermögen der Frau, insoweit ihr selbst eine Verfügungsgewalt darüber zusteht[2]),

---

ihre eigentliche Natur ausschließlich unter das Princip des letzteren Verhältnisses gedrängt wurden. Erst in der neueren Zeit ist der glückliche Versuch gemacht worden, einzelne wichtige Statute in ihre eigentliche Stellung zurückzuführen, nämlich zu dem Gütereinheitssysteme (einen andern Begriff davon hat Deiters ehel. Gütergem. 1831 S. 25 flg.). Dieß geschah namentlich von Cropp in Betreff des Hamburgischen (a. M. Trummer Vortr. üb. merkw. Ersch. in d. Hamb. R.-G. Bd. 3 S. 246 flg., der die Unklarheit des Mittelalters zum Princip erheben will), von Berck (a. M. Runde Güterr. §. 75) in Betreff des Bremischen (vgl. die betr. Werke in d. Not. 1 des §. 226) und von Pauli (in seinen Abhandl. aus dem Lüb. R. Bd. 2) in Bezug auf das Lübische Recht. Dahin gehören viele fränkische Statute, welchen bisher fast durchgängig die Gütergemeinschaftsidee aufgedrängt wurde, z. B. in Arnold's Beitr. zum deutschen Privatrechte (1840) Bd. 1 S. 262, 355, 474, 630; s. aber die richtige Darstellung bei Zöpfl das alte Bamberger Recht S. 183, das als Typus eigenthümlicher Zwischenbildungen gelten kann. Ferner das holsteinische Güterrecht bei Falck Handb. des Schlesw.-Holstein. Privatr. Bd. 4 (1840) S. 414 flg. Sodann vgl. Werenberg im Magazin für hannoversches Recht Bd. 2 S. 401 flg. Auch das Freiburger Recht v. 1520 Tract. III. 2, 3 gehört unstreitig hierher. S. auch die von Mittermaier Grundſ. §. 391 gemachten Zusammenstellungen. Es ist dieß System das früher fast allgemeine, im unmittelbaren Anschluß an das Recht des Sachsenspiegels ausgebildete, und man wird es überall da annehmen können, wo nicht entweder das römische Dotalsystem, oder das Miteigenthum zu ideellen Theilen, also die Eigenthumsveränderung ausdrücklich ausgesprochen ist. Die Ausdrücke communio bonorum universalis, oder Gütergemeinschaft können bei dem Standpunct der früheren Theorie nicht als Hinderniß für diese Annahme gelten. Nur kann freilich nicht verkannt werden, daß dieses System die Möglichkeit vieler Varietäten im Einzelnen einschließt. S. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach röm. R. Bd. 1 (1824) S. 16 flg. S. auch die §. 227 N. 1 angef. Schrift von Rathmann, einige Worte über ehel. Güterr. (1859).

2) Vermögen, welches in Fideicommissen, Nießbrauchsrechten, Lehn- oder Colonatgütern besteht, kann daher zwar wohl in die gesammte Masse fallen, aber der Verfügungsgewalt des Mannes stehen hier noch andere Schranken gegenüber, als bei der Veräußerung

in die Gewere des Mannes, als der eine Theil der gesammten in seiner Hand vereinten ehelichen Güter; es kann jedoch davon Einiges als Sondergut (Einhandsgut) vorbehalten [3]) werden. Der Mann, der über sein eigenes Vermögen nach wie vor unbeschränkt verfügen darf, hat als Haupt der Familie ein Recht auf den Besitz und die Verwaltung des Frauenguts, aber auch die Pflicht, es mit Anwendung aller Sorgfalt zu erhalten [4]); ja er darf sogar über die bewegliche Habe der Frau zum ehelichen Bedürfniß frei verfügen [5]), über die unbeweglichen Güter aber außer

---

gewöhnlicher Immobilien; man sagt daher: nur die Früchte, nicht die Substanz gehören der vereinten Masse an.

3) Dieß kann durch ausdrückliche Uebereinkunft der Gatten (auch durch Verzicht des Mannes) geschehen, oder dadurch, daß der Frau Etwas mit der Bedingung zugewandt wird, daß es als Sondergut bestehen bleibe, vgl. Runde ehel. Güterr. S. 86; die Kleinodien, weiblichen Geräthschaften und Kleidungsstücke der Frau sind kein Sondergut in diesem Sinne.

4) Runde a. a. O. §. 40.

5) Die Verfügungsgewalt des Ehemannes ist jedoch keineswegs eine solche, wie sie ihm in Betreff seines eigenen Vermögens gebührt; sie ist von Anfang an durch den bestimmten Zweck beschränkt, daß dadurch die Theilnahme des Vermögens der Frau an der Befriedigung der ehelichen Bedürfnisse dargestellt werden solle. Nun fordert zwar das Recht keineswegs, daß bei jeder einzelnen Verfügung über fahrende Habe, wie sie das eheliche Leben mit sich bringt, eine rechtmäßige materielle causa nachgewiesen werden müsse (Runde S. 97), denn das eheliche Verhältniß ist auch in vermögensrechtlicher Beziehung ein Verhältniß auf Treu' und Glauben; aber doch würde eine Veräußerung eines größeren Theils des Frauenguts — nach dem Maßstabe des durch den Richter zu berücksichtigenden individuellen Vermögensstandes —, welche jenem Zwecke geradezu widerspräche, z. B. eine unmotivirte Schenkung oder ein Leibrentenkauf, als eine die Gewalt des Mannes offenbar überschreitende, daher ungültige Verfügung angefochten werden können. Sollte der Ehemann, abgesehen von diesem letzteren Falle, durch eine die Frau benachtheiligende Ausübung seiner Verfügungsgewalt (welche innerhalb der oben angegebenen

dem Falle echter Noth nur mit ihrer Zustimmung[6]). Die Verfügungsgewalt der Frau über ihr Vermögen wird während der Ehe durch die Rechte des Mannes beschränkt; sie gilt zwar nach wie vor als Eigenthümerin ihrer Güter, wird auch durch ihren Mann als solchen nicht weiter vertreten, als dieß aus der Geltendmachung seiner eigenen Rechte folgt[7]), sie ist aber nur zu solchen Verfügungen über

---

Gränzen doch wohl auch das Recht zu schenken umfaßt, a. M. Eichhorn §. 308 Note mm) das Vermögen derselben gefährden, so würde sie sich durch Nachsuchen gerichtlicher Inhibitionen, Prodigialitätserklärungen und allenfalls durch Proteste helfen müssen; unter Umständen auch durch Bitte um Restitution. In jedem Falle wirken die Rechte des Mannes am Frauengute nur bis auf die Dauer der Ehe; von letztwilligen Verfügungen darüber kann daher keine Rede sein. [Für eine legislatorische Feststellung würde die Uebertragung der bei den Handelsgesellschaften angenommenen Scheidung zwischen der Wirksamkeit des Verhältnisses nach Außen, und dem inneren Verhältnisse sehr zu empfehlen sein.]

6) Diese Beschränkung hat allerdings in dem Erbgutsprincip des älteren Rechts ihren hauptsächlichen Grund, nach welchem außer der Frau auch die nächsten Erben consentiren mußten. Aber ein anderer Grund, der heutzutage in veränderter Form noch fortdauert, war die nothwendige Oeffentlichkeit der Veräußerung von Immobilien, indem das Gericht nur den wirklichen Eigenthümer als legitimirt anerkennt, und nur gegen eine Erklärung dieses die Eintragung in die öffentlichen Bücher vollzieht. Nicht ganz richtig ist daher die Darstellung Eichhorn's a. a. O. Note p. Die Particularrechte stimmen jedoch nicht völlig in der Bestimmung der Wirkung einer ohne der Frau Zustimmung vorgenommenen Veräußerung überein.

7) Die Frau ist und bleibt Eigenthümerin ihres Vermögens, Gläubigerin und Schuldnerin; ihre Gläubiger und Schuldner werden nicht Gläubiger und Schuldner des Mannes, und es ist nur eine Abkürzung des Wegs, wenn sie sich an diesen halten, wie es die neuere Praxis gestattet. Daher kann die Frau letztwillig über ihr Vermögen verfügen, überhaupt alle Rechtsgeschäfte darüber gültig vornehmen, nur kann die Erfüllung derselben mit ihren Gütern erst erfolgen, wenn die ehelichen Rechte des Mannes aufhören, sofern der Frau nicht ein Sondergut zur Verfügung steht. Der Mann vertritt deshalb die

ihr Vermögen berechtigt, welche die ehelichen Rechte des Mannes nicht beeinträchtigen. Nur in ihrem eigenthümlichen Gebiete der engeren Hauswirthschaft verbinden ihre Handlungen den Mann [8]). Da in dieser Gütervereinigung keine Vermögenssuccession liegt [9]), so bleibt die Frau auch allein Gläubigerin und Schuldnerin [*]) in Betreff ihrer vorehelichen Obligationen und auch während der Ehe kann sie sich fortwährend gültig verpflichten; ihr Vermögen bleibt daher auch in der Hand des Mannes Executionsgegenstand für alle vorehelichen Schulden [10]); für die ehelichen ist er jedoch nur dann zur Deckung mit dem Frauengute verpflichtet, wenn sie nicht [11]) auf einer seine Rechte beeinträchtigenden Ver-

---

Frau nur dann, wenn er als gemeinrechtlicher procurator praesumtus gilt, oder als etwaiger Geschlechtsvormund; seine ehemännlichen Vermögensrechte geben ihm kein Vertretungsrecht der Frau, auf deren Willen daher allein das Recht, eine Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, beruht, aber die Vertretung dieser ehemännlichen Rechte wird sehr häufig factisch eine Vertretung des Frauenguts einschließen.

8) Runde a. a. O. §. 41. Diese Verfügungsgewalt ist das eigene Recht der Frau, welches nicht auf einen Auftrag des Mannes gestützt werden darf.

9) Runde a. a. O. §. 37 nimmt irriger Weise eine Universalsuccession an. Dieß ist ebenso unrichtig, als wenn man in der Bestellung eines curator bonorum mit ausgedehnter Vollmacht dieses Rechtsverhältniß erblicken wollte.

*) Ueber die Schuldenverhältnisse der Ehegatten nach dem Rechte der Hansestädte handelt die gute Schrift von R. Laspeyres: de debitis conjug. ex liberar. germ. civitat. jure Hal. 1857.

10) Dieß erklärt sich hiernach sehr einfach. Das irrig zur Erklärung herbeigezogene Princip Runde's: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno beruht auf seiner unrichtigen Successionstheorie.

11) Wie z. B. Delictschulden, Obligationen, welche aus einem Zustande hevorgehen u. s. w. Was die Delictschulden betrifft, so scheint die Entscheidung nach einigen Bestimmungen späterer Statute zweifelhaft; s. Kraut S. 421 flg.

fügung der Frau beruhen[12]). Ebenso ist der Mann nach wie vor allein Gläubiger und Schuldner in seinen Obligationsverhältnissen; auf einer außerordentlichen Steigerung des Einflusses der überwiegenden Stellung des Mannes beruht aber der regelmäßige Rechtssatz, daß den Gläubigern des Mannes nicht bloß dessen Vermögen, sondern auch die Güter der Frau, die unbeweglichen wenigstens subsidiär, verhaftet sind[13]).

---

12) Diese Entscheidung scheint die allein dem Princip entsprechende zu sein. Die Frau ist auch in der Ehe fähig, sich zu obligiren und über ihr Vermögen zu disponiren; der Mann braucht freilich das Frauengut nicht zur Deckung preis zu geben, weil die Frau seine ehemännlichen Rechte nicht willkürlich schmälern darf und, wo die Geschlechtsvormundschaft noch besteht, seiner Vormundschaft unterworfen ist (§. 246). Anders ist es mit Verbindlichkeiten der Frau, welche nicht auf einer unrechtmäßigen Verfügung beruhen; hier ist kein Grund, die Rechte des Mannes für stärker zu halten, als die eines rechtmäßigen Gläubigers, da jene das Recht nur gegen eine willkürliche Beeinträchtigung schützen will. Die Meinung Runde's S. 92 flg., wonach das Vermögen der Frau, welches nach Entstehung der Schuld in die Hand des Mannes kommt, fortdauernd haften soll, beruht auf der oben schon als irrig hervorgehobenen Anwendung des Satzes bona non intell. nisi ded. aere al. — Ganz mißverstanden hat dieß Walter §. 193, 3 u. 9.

13) Dieser exorbitante Rechtssatz liegt in der umfassenden Theilnahme der Ehegatten an allen Interressen des Lebens begründet, welche bei der Frau gegenüber der hervortretenden Stellung des Mannes mehr passiver Natur ist; dieß sagen auch die Sprüchwörter: „die den Mann traut, traut dessen Schuld," und „wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut;" der Credit, der für den Mann bei seinen Lebzeiten aus dem Vorhandensein des Frauenguts entsprang, soll nicht bei seinem Tode sich als trügerisch erweisen. Den Gläubigern gegenüber ist die Haftung ganz unbeschränkt: bei Auflösung der Ehe ist aber der Mann oder seine Erben der Frau das Bezahlte zu ersetzen schuldig (wenn nicht die Tilgung der ehemännlichen Schuld unter den Begriff einer von den Verfügungen fällt, zu welchen der Ehemann über das Frauengut nach Note 5 berechtigt ist). Der Charakter dieses Rechtssatzes ist nämlich der, daß dadurch das

§. 232.

Bei Trennung der Ehe nimmt die Frau ihr Eingebrachtes von dem bis dahin vereinten ehelichen Vermögen heraus; es bleibt jedoch auch jetzt noch subsidiärer Executionsgegenstand für die Gläubiger des Mannes[1]). Sie fordert nicht bloß

Verhältniß der Gläubiger des Mannes zum Frauengute, aber durchaus nicht das Verhältniß des Mannes zu demselben bestimmt werde. Die Gläubiger haben ein Recht, auch gegen diese Güter Execution zu fordern; dieß kann zwar die Frau nicht hindern, aber der Mann muß ihr das den Gläubigern preis Gegebene ersetzen. Es ist also dieser Rechtssatz ganz unabhängig von dem Verfügungsrecht des Mannes über das Vermögen der Frau. Unrichtig Walter §. 192, 6.

1) Runde a. a. O. §. 55. Die herrschende Sitte war in den Städten wohl die, daß die Gläubiger des Mannes sich aus der gesammten hinterlassenen ehelichen Gütermasse erst befriedigten, und dann erst die Frau aus dem Uebriggebliebenen ihren Antheil herausnahm. Cropp a. a. O. S. 476. Wenn nun aber die Wittwe, welche hiernach persönlich den Gläubigern ihres Mannes gar nicht verhaftet war, sich nach dem Tode des letzteren sofort in den Besitz des verschuldeten Nachlasses setzte und diesen sich aneignete, so nahm man an, daß sie nun selbst und zwar auch mit ihrem eigenen Vermögen die Schulden übernehme; um diesem Präjudiz zu entgehen, mußte sie nach einer seit dem 14. Jahrh. sehr verbreiteten Sitte durch eine symbolische Handlung aller Einmischung in die Anordnung der hinterlassenen beiderseitigen Gütermasse im Sterbehause entsagen, wodurch sie in jedem Falle alle persönliche Haftung vermied. Dieß nannte man beneficium abdicationis, in Lübeck „Bergen und Dachdingsauftragen", legte es aber später ganz falsch dahin aus, daß es ein Privilegium der Wittwe sei, ihre persönliche Haftung für die Schulden des Mannes, welche ihr als Erbin oder in Folge der Gütergemeinschaft obliege, abzustreifen. Vgl. die richtige Erklärung bei Hagemeister in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 173 flg. Berck Bremisch. Güterr. §. 15 flg. und Pauli Abhandl. aus d. lüb. R. II S. 230 flg. Die Bestimmung findet sich schon im Kl. Kaiserr. II, 50. S. Braunschweig. Statuten II, 60 (Leipnitz script. rer. Brunsvic. III. p. 440). Alt. Lüneb. Stadtr. Art. 102. Lüb. R. bei Hach Abth. 4, 61. (Revid. Stat. III, 4, 10.) Hamb. Stadtr. v. 1270 VI, 32 u. s. w. Die spätere irrige Deutung enthält z. B. d. Hildesheim. Rathsbesch. v. 1648 bei Pufendorf obs.

das noch wirklich Vorhandene [2]) von ihrem Eingebrachten zurück, sondern hat auch Anspruch auf Ersatz des zur Befriedigung der Gläubiger des Mannes Verwendeten und des durch dolus oder Vernachlässigung der nöthwendigen Sorgfalt Verlorenen [3]), nicht aber auch des in ordnungsmäßiger Verwaltung für die Zwecke der Ehe Verbrauchten [4]); diesen Forderungen legt die Praxis zwar die Dotalprivilegien bei, stellt sie aber den Ansprüchen der Gläubiger des Mannes meistentheils nach [5]). Oft wird der Schwierigkeit, jene Ansprüche nachzuweisen, durch die vertragsmäßige, häufig auch gesetzliche Bestimmung vorgebeugt, daß die Frau nur die noch vorhandenen Theile ihres Eingebrachten zurücknehmen dürfe und für das Verlorne durch ein Erbrecht oder eine Leibzucht am Vermögen des Mannes

---

4, 319. — Einen ganz anderen Charakter hat das Institut der „weiblichen Freiheiten" in Würtemberg.

2) Dazu gehören aber auch die noch nicht aufgebrauchten Früchte ihres Vermögens. Es ist irrig, diese als Eigenthum des Mannes oder seiner Erben zu betrachten; denn das Recht desselben ist kein dingliches Recht, wie z. B. Nießbrauch, sondern nur das Recht der Ausübung der Rechte der Frau in der Ehe. Für die durch Verfügungen des Mannes schon aufgebrauchten Früchte kann sie freilich keinen Ersatz verlangen. — Was die eheliche Errungenschaft im engeren Sinne des Worts betrifft, d. h. das durch vereinte Kraft mit oder ohne Benutzung der Früchte des ehelichen Vermögens Erworbene, so kann sie bei diesem Systeme nur als eine Vermehrung des Vermögens dessen betrachtet werden, der zu allen Handlungen im Namen der Ehe berechtigt ist und in bestimmten Gewerben und Geschäften den ehelichen Erwerb gestaltet, nämlich des Mannes. Vgl. §. 226 N. 8. Uebrigens versteht sich von selbst, daß ein Erwerb, welcher ausschließlich durch die Frau gemacht wurde (z. B. durch Erbschaft, Lotteriegewinn), ihr allein zugehört.

3) Die Gründe dieser Ersatzforderung liegen in dem Nachweis einer Ueberschreitung der Gränzen der ehemännlichen Verfügungsgewalt und der Vernachlässigung der diligentia quam suis rebus adhibere solet.

4) Nach den Grundsätzen des §. 231 Note 5.

5) Runde ehel. Güterr. S. 132.

entschädigt werde; noch weiter gehen viele Statute und Particularrechte, indem sie allgemein oder wenigstens im Falle beerbter Ehe (d. h. wenn Kinder vorhanden sind) bei der Trennung der Ehe durch den Tod dem Ueberlebenden statt seines ursprünglichen Vermögens einen quoten Theil der gesammten Gütermasse gewähren[6]), welcher die Natur einer Entschädigung für den Verzicht auf die Rückerstattung der Illaten hat. Diese letztere Bestimmung ist weniger anomal, wenn dem überlebenden Ehegatten die Wahl zwischen der Zurücknahme der Illaten und der Annahme dieser Quote gelassen wird[7]). Zwar ist nur der über diesen Entschädigungsanspruch hinausgehende Vortheil aus der Hinterlassenschaft als ein wahres Erbrecht zu betrachten; nach manchen Particularrech-

---

6) Donandt Versuch einer Gesch. des brem. Stadtr. (1830) Th. 2 S. 111. Berck Brem. Güterr. §. 12 Note 149 und S. 296 flg. und 334 flg. Cropp a. a. O. S. 524 flg. Pauli a. a. O. S. 226 flg. Es war ein seither fast allgemeiner Irrthum, aus dieser beim Tode eines Ehegatten entweder allgemein oder, wie besonders im Lübischen Rechte bei beerbter Ehe, statutenmäßig entstehenden engeren Vereinigung des ehelichen Vermögens auf eine während der Ehe bestehende Gütergemeinschaft zu schließen (von welchem Schluß auch Runde und Falck a. a. O. noch nicht frei sind, während Sarauw im N. staatsb. Magaz. Bd. 6 S. 122 flg., Duncker Gesammteigenthum S. 227 und Kraut Vormundschaft II. S. 510 für Lübeck ein Eigenthum des Mannes am Frauengute annehmen; ebenso Baumeister für Hamburg, s. aber Gerber in s. u. Ihering's Jahrbb. 1 S. 244 Note). Vielmehr sind solche Bestimmungen allein als Bestrebungen der Gesetze anzusehen, die Schwierigkeiten der Auseinandersetzung auf eine freilich oft willkürliche Weise zu beseitigen, die sich, wenn sie bloß den Fall beerbter Ehe betreffen, um so leichter erklären. In der Würzburger Landgerichtsordn. v. 1618 ist freilich die Wirkung der Kindererzeugung eine eigentliche Gütergemeinschaft.

7) Gesetzliche Beispiele bei Scherer die verworrene Lehre von der Gütergemeinschaft. Th. 2 §. 274. 278. Heydemann die Elemente der Joachimischen Constitution v. J. 1527 (1841).

ten jedoch wird die gesammte Ersatzforderung für das eingeworfene Frauengut in die Form eines unentziehbaren Erbrechts gebracht[8]).

b) Das System der Gütergemeinschaft.

α) Allgemeine Gütergemeinschaft.

§. 233.

Dieser auf der Einheit des Zwecks beruhenden äußeren Gütervereinigung hat die Praxis und Gesetzgebung mancher Städte und Gegenden die Wirkung einer materiellen Eigenthumsgemeinschaft an den ehelichen Gütern untergelegt, und diese bald mittelst der Idee des s. g. Gesammteigenthums[1]), bald der Societät[2]) oder juristischen Person[3]), bald des Begriffs der Rechtsgemeinschaft zu ideellen Theilen[4]) darzustellen

---

8) So auch das Sächsische Recht, welches sich hierin der alten Gütereinheit wieder nähert. Haubold Sächs. Recht §. 328.

1) Veracius Libell. consuet. princ. Bamberg. (1681) Tit. communio bonor. inter conjug. Qu. 1. Lange die Rechtslehre v. d. Gemeinschaft der Güter unter den teut. Eheleuten (1766). S. bes. S. 162. Scherer die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft system. bearbeitet. 1799. Nur eine Abart dieser Meinung ist die des „Genossenschaftseigenthums" einiger neueren Schriftsteller.

2) Z. B. Lauterbach diss. de commun. bonor. conjug. (1661) §. 3. Mevius Comment. ad. jus Lubec. I, 5, 5.

3) Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehel. Gütergemeinschaft. 1808. (Ueber die Ansicht von Schüler s. oben §. 230 Note 3.) Deiters die ehel. Gütergemeinschaft nach Münster. Provinzialr. (1831), Albrecht Gewere S. 258. Eichhorn deutsch. P.=R. §. 300. — Duncker Gesammteigenthum (1843) S. 210 flg. behauptet alleiniges Eigenthum des Ehemanns.

4) S. vor allen Andern Runde deutsch. ehel. Güterr. (1841) §. 58. 59. 63. Eine Kritik der übrigen Ansichten, auf welche hier verwiesen werden kann, giebt Runde ebendas. §. 64—66 (jedoch können nicht alle Gründe, welche er gegen Hasse vorbringt, gebilligt werden).

versucht. Nur da, wo ein Rechtssatz die Geltung dieses Princips durch unzweideutige Bezeichnung desselben in der Angabe seines Begriffs [5]) oder seiner Wirkungen feststellt, ist die Anerkennung dieses Rechtsverhältnisses als gesetzliche Folge der Ehe gerechtfertigt [6]); und soweit nicht ausdrücklich die Wirkungen eines anderen rechtlichen Charakters desselben aufgenommen sind [7]), läßt es sich juristisch allein nach dem freilich

5) Eine solche liegt aber noch nicht schon im Gebrauch der Worte „Sammtgut, gesammtes Gut, gemeinschaftliches, vermengtes, vermischtes oder gemeines Gut", ja nicht einmal im Gebrauch der Bezeichnung „Gütergemeinschaft, communio bonorum", weil die frühere Theorie diesen Ausdruck ohne Unterscheidung der individuellen Eigenthümlichkeiten der Statuten anwandte.

6) Es muß die Rechtsveränderung ausgesprochen sein, was in den Statuten regelmäßig so geschieht, daß ein Miteigenthum zu gleichen oder zu ungleichen Quoten angenommen wird. So Nürnberg. Reform. v. 1564 Tit. 28, 1. Hohenlohisches Landr. I, 4 §. 1 u. 2. Hadeler Landrecht 3, 17. Landrecht der Grafschaft Lingen §. 1 und das Recht zu Dortmund (abgedruckt bei Phillips eheliche Gütergemeinschaft 1830 S. 140 u. 141). Preuß. Landr. II, 1 §. 345 flg. Statuten von Schweinfurt bei Phillips S. 133. Bamberg. Landr. v. 1769 Th. 1 Cap. 2 Tit. 1 §. 1. Fuldaisches Recht (Thomas System aller Fuldaischen Privatrechte II S. 29 flg. Gößmann d. Lehre v. d. allg. ehel. Gütergemeinsch. mit bes. Rücks. auf die in d. Fuldaischen Particularr. vork. Best. 1847 S. 94 flg.). Lippische Verordn. v. 27. März 1786 (bei Runde ehel. Güterr. S. 511). Peterssen das ehel. Güterrecht in den Städten und Flecken des Fürstenth. Osnabrück, 1863. Kein Kriterium für dieses System ist das von Eichhorn Einl. §. 300, VIII angenommene, nämlich die Bestimmung, daß die Güter der Frau für die Schulden des Mannes haften.

7) Z. B. spricht die Lippische Verordnung entschieden §. 8 die Idee des alten Gesammteigenthums (das Gleiche stellt Peterssen a. a. O. für Osnabrück auf), das neue Bamberg. Landr. v. 1769 a. a. O. wohl die Idee der juristischen Person aus. (Gleiches findet auch Deiters im Münsterischen Recht.) Ebenso die Gräflich Castell'sche Verordnung v. 1801 (Arnold Beiträge z. deutsch. R. I, 234).

mehrfach zu modificirenden Begriffe[8]) der Rechtsgemeinschaft nach ideellen Theilen construiren[9]).

Hiernach fließt das gesammte Vermögen beider Ehegatten dergestalt in eine ungetrennte Masse zusammen, daß die vorehelichen Rechte derselben an den einzelnen Gegenständen des beiderseitigen Vermögens in der nun entstehenden Berechtigung zu einem quoten Theile an der gemeinschaftlichen Masse aufgehen; die Größe dieser Quoten ist abgesehen von besonderen Bestimmungen[10]) gleich[11]). Wie bei der Gütereinheit gebührt dem Manne ausschließlich die Verwaltung und die freie Verfügungsgewalt über die fahrende Habe; zur Veräußerung des unbeweglichen Guts (auch des aus dem vorehelichen Vermögen des Mannes stammenden) der gemeinschaftlichen Masse bedarf es dagegen außer dem Falle echter Noth des Willens beider Ehegatten[12]). Auch die vorehelichen

---

8) Solche Modificationen betreffen die Unauflösbarkeit der Gemeinschaft und die überwiegenden Rechte des Mannes. Runde §. 63.

9) Die Einwendungen, welche man gegen diese Construction macht, fallen größtentheils hinweg, wenn man das Gütereinheitssystem als das normale, die Gütergemeinschaft als das anomale Verhältniß ansieht. Wenn man freilich auch die dem Gütereinheitssysteme zugehörenden Rechte unter den Begriff der communio juris bringen wollte, wie dieß seither fast immer geschah, so würde man mit Recht widersprechen. Das Richtige ist dieß: das regelmäßige und organische eheliche Güterverhältniß ist das bisher als Gütereinheitssystem dargestellte; dieses ist oft durch unklare Deutung und bisweilen auch durch schiefe Behandlung romanisirender Juristen auf einen fremdartigen Boden gerückt worden; dieß ist schon an sich eine sehr bedeutende Irregularität; es muß aber der Versuch gemacht werden, es da, wo es einmal so gestaltet ist, wenigstens nach einem sicheren Grundgedanken zu construiren, und dazu eignet sich nur das Princip der Gemeinschaft nach quoten Theilen.

10) Z. B. im Hohenlohischen Lande. a. a. O. §. 2.

11) §. 1 Inst. de societate 3, 26. L. 29 pr. pro socio (17, 2).

12) Jedoch sind diese Grundsätze in den Statuten oft modificirt, indem dem Manne bisweilen ausgedehntere Befugnisse gegeben werden

Schulden der Ehegatten werden hiernach gemeinschaftlich[13]), ebenso diejenigen, welche während der Ehe der Mann contrahirt hat[14]). Für die Handlungen der Frau haftet die gemeinschaftliche Masse nur, wenn sie auf besonderem Auftrage des Mannes beruhten oder das ihr gehörende Gebiet des inneren Hauswesens betrafen, jederzeit aber auch für diejenigen Schulden der Frau, welche aus einem andern Grunde als aus einer willkürlichen Verfügung derselben stammen[15]).

(z. B. Lippische Verordn. §. 8—10, vgl. darüber Meyer das Colonatrecht 1855 Th. 1 S. 317 flg.). Im Allgemeinen entscheidet die Analogie des Gütereinheitssystems.

13) Anders Runde S. 145 in Betreff der Schulden der Frau, aber durchaus inconsequent. Gerade darin zeigt sich die Wirkung der Gütergemeinschaft als einer Rechtsveränderung, daß nun auch die Forderungen der Ehegatten gemeinschaftlich werden, und zwar so, daß nicht bloß das beiderseitige Vermögen dafür haftet, sondern daß sie auf die Personen der Ehegatten zu gleichen Theilen übergehen. Auch Walter §. 208, 4 nimmt diese Entscheidung an, behauptet aber, ich hätte keinen Grund angegeben, als wenn dieser nicht in der Consequenz läge, welche das objective Recht aus der Idee der Rechtsveränderung zieht. Seine Erklärung ist ein Cirkel.

14) Denn nur der Mann vertritt die eheliche Genossenschaft. Jedoch fordern viele Statuten die Zustimmung der Frau, z. B. Nürnb. Reform. 28, 1. Allerdings ist das Vermögen der Frau deshalb der Willkür des Mannes in hohem Grade preisgegeben, und eine Restitutionspflicht des Verschwendeten bei Auflösung der Ehe läßt sich nicht leicht construiren. Die Frau hat nur die außergewöhnlichen Rechtsmittel, welche oben (§. 229, 9) angegeben wurden, und nach den meisten Statuten kann sie sich so, wie bei der Gütereinheit (§. 232, 1) einer späteren persönlichen Haftung durch Verzicht auf ihren Antheil entziehen.

15) S. §. 231 Note 11 u. 12. — Auch hier ist die Persönlichkeit der Frau nicht vernichtet; sie ist zwar nicht Eigenthümerin ihres vorehelichen Vermögens, aber doch Inhaberin eines ideellen Theils der Gütermasse, und nur durch die Rechte des Mannes temporär beschränkt. Daher ist sie auch zu allen Verfügungen berechtigt, welche neben diesem ehemännlichen Rechte bestehen können, z. B. zu letztwilligen Bestimmungen über ihren ideellen Theil. Anders freilich die Lippische Ver-

Bei der Auflösung der Ehe werden die ideellen Antheile am gemeinschaftlichen Vermögen sofort in reelle verwandelt[16]). Jedoch beschränkt sich das Recht des Ueberlebenden in der Regel nicht auf Ausscheidung seines Antheils, indem ihm die (freilich unter einander verschiedenen) Particularrechte noch besondere Erbansprüche an dem Antheile des Verstorbenen gewähren. Auch geschieht in der Regel die Ausscheidung des Vermögens des Ueberlebenden, wenn Kinder vorhanden sind, nicht sofort, sondern es gestaltet sich dann ein neues eigenthümliches Güterverhältniß (vgl. §. 236).

β) Particuläre Gütergemeinschaft.

§. 234.

Eine Gruppe von Particularrechten und Statuten[1]) bestimmt, daß die Rechtsgemeinschaft der Ehegatten nur an einem

---

ordn. a. a. O. wegen ihres besondern Princips. Daher muß man auch ebenso wie bei der Gütereinheit ihren Schulden Rechtsverbindlichkeit und Wirksamkeit für den Fall der Auflösung der Ehe beilegen, soweit nicht eine etwa bestehende Geschlechtsvormundschaft die Nichtigkeit der ohne Consens des Mannes contrahirten Schulden der Frau zur Folge hat.

16) Preuß. Landr. a. a. O. §. 637 u. 638. Nürnb. Reform. 33, 5. Anders die Lippische Verordn. §. 15 wegen der Annahme der Consolidation des Gesammteigenthums. S. auch Peterssen a. a. O. für Osnabrück.

1) Eine gute, aber auch die außerordentliche Verschiedenheit der Gesetzgebungen im Detail beweisende Uebersicht über diese Statuten giebt Euler in der Zeitschr. für deutsch. R. Bd. X S. 28—61. Dahin gehören z. B. Solmsische Gerichtsordn. v. 1571. Nassau-Catzenellenbogische Gerichtsordn. v. 1711. Landrecht v. Trier v. 1713. Untergerichtsordnung v. Zweibrücken v. 1722. Landrecht v. Baden-Baden v. 1588 und Baden und Hochberg v. 1710. Würtembergisches Landr. v. 1610 (Weishaar Würtemb. Privatr. §. 147 flg.). Reformation von Frankfurt am Main von 1509 und 1578. Churpfälzisches Landr. v. 1698. Codex Maximil. Bavar. I, 6 §. 19 flg. Besonders lehrreich ist der

Theile der ehelichen Güter[2]) bestehen solle, meistens der s. g. Errungenschaft, d. h. allem Erwerb während der Ehe[3]), wozu dann häufig auch alles schon vorhandene bewegliche Gut geschlagen wird[4]); seltner wird diese particuläre Gemeinschaft auf den durch die Geschäftsthätigkeit und Ersparung der Gatten bewirkten ehelichen Erwerb beschränkt (Collaboration[5])). Hiernach entstehen drei Massen der ehelichen Güter: 1) das gemeinschaftliche Vermögen, welches nach denselben Grundsätzen beurtheilt wird, als die Masse der allgemeinen Gütergemeinschaft[6]), 2) das Propergut des Mannes, welches seiner freien Disposition verbleibt, 3) das Propergut der Frau, welches

---

Würtembergische Entwurf eines ehelichen Güterrechts von 1840. Eine beachtenswerthe Darstellung der Errungenschaftsgemeinschaft jetzt auch bei Roth und Meibom kurhessisches Privatr. I S. 397 flg. Nur kann ich der dort aufgestellten Ansicht, daß diese Gemeinschaft lediglich in der Obligation der Ehegatten bestehe, den Werth der von ihnen erworbenen Acquästobjecte zu conferiren, nicht beitreten. Ein solches künstliches Vorstadium der wirklich realisirten Gemeinschaft ist wohl eine doctrinäre Fiction, die meines Wissens in den Quellen keinen Anhaltepunct hat, — man müßte denn etwa die frühere Idee der societas quaestuaria hierfür ausbeuten wollen.

2) Ausgebildet ist auch particularrechtlich das System der Mobiliargemeinschaft. Eine gute Darstellung davon giebt Walter System §. 217—221.

3) Würtemb. Landr. III, 7, 2. Demnach gehören zum Sammtgut 1) das von den Ehegatten während der Ehe durch Ersparung oder Geschäftsthätigkeit Erworbene; 2) die Früchte des Properguts; 3) gemeinschaftliche Erwerbungen durch Schenkung, Erbschaft u. s. w. S. Phillips Gütergemeinsch. S. 257 flg.

4) Euler a. a. O. S. 29 flg.

5) Kurpfälz. Landr. 4, 12. Nassau. Landesord. 4, 6, 1. Maynz. Landr. Tit. 3 §. 2 und 3.

6) Runde ehel. Güterr. §. 79, 3. In Würtemberg wurde das gemeinschaftliche Vermögen früher allgemein als Societätsmasse betrachtet.

der Mann in seine Verwaltung[7]) nimmt und deshalb der einseitigen Verfügung der Frau während der Ehe entzieht. Für die Schulden des Mannes haftet sowohl dessen Propergut als die ganze gemeinschaftliche Masse[8]); für die Schulden der Frau haftet während der Ehe nur ihr Propergut, und auch von diesem kann der Mann die Execution abweisen, wenn die fragliche Schuld der Frau auf einem die Gränzen ihres ehelichen Verfügungsrechts überschreitenden Rechtsgeschäfte beruht[9]); für die von beiden Ehegatten gemeinschaftlich oder vom Manne als Vertreter der ehelichen Genossenschaft und der Frau im Gebiete der engeren Hauswirthschaft contrahirten Schulden, sowie für diejenigen, welche auf einer Verwendung für das gemeine Gut beruhen, haftet nicht bloß die gemeinschaftliche Masse, sondern auch das Propergut beider Ehegatten[10]). Bei der Auflösung der Ehe empfängt die Frau ihr Propergut und ihre Hälfte am Sammtgute, wie es sich nach Befriedigung der gemeinschaftlichen Gläubiger herausstellt. Was von dem Propergute für eheliche Zwecke oder im Interesse des anderen Ehegatten aufgebraucht worden ist, muß im ersten Falle aus dem Sammtgute, im zweiten aus dem Propergute des bereicherten Ehegatten ersetzt werden; was vom Sammtgute für das Propergut eines Ehegatten, namentlich zur Bezahlung der besonderen Schulden des Mannes, aufgewandt worden ist, muß dieser an jenes zurückerstatten[11]).

Dieses System hat nur wenige Anknüpfungspuncte im älteren deutschen Rechte, und ist zum großen Theile eine will-

7) Die Rechte des Mannes sind jedoch durchaus kein Nießbrauch, wie Runde a. a. O. ganz irrthümlich annimmt.

8) S. §. 231 Note 13.

9) S. §. 231 Note 11.

10) Eichhorn §. 312, III.

11) Weishaar §. 158.

kürliche Erfindung der Doctrin des sechszehnten Jahrhunderts, welche das vermeintliche deutsche Societätsprincip (im Hinblick auf das entgegenstehende römische Recht) auf ein möglichst geringes Maß zurückführen wollte [12]). Es empfiehlt sich scheinbar durch die Genauigkeit und Sorgfalt, mit der es die einzelnen ehelichen Vermögensverhältnisse regelt. Näher betrachtet erscheint es indessen in mehrfacher Hinsicht als bedenklich. Es widerstrebt dem sittlichen Charakter der Ehe, wenn es dieselbe dem Princip einer Erwerbsgesellschaft unterstellt; es wird ungerecht, indem es ganz allgemein den überwiegenden Erwerb des Mannes zur Hälfte der Frau zutheilt (eine Bestimmung, die höchstens bei den niederen Arbeitsständen begründet sein könnte); es führt nothwendig zu einem complicirten Abrechnungsverfahren (Etatwirthschaft) für die verschiedenen Massen, welches der Natur des deutschen ehelichen Lebens widerspricht und eine damit unverträgliche Eifersucht in der Bewachung des Separatvermögens zur Folge haben muß. Endlich ist es überdieß nur durchführbar unter der Voraussetzung einer störenden Einmischung der Behörden (z. B. gerichtliche Inventarisation) in Verhältnisse, in denen lediglich die Freiheit des sittlichen Geistes der Betheiligten herrschen sollte.

c) Das System des ehemännlichen Nießbrauchs.

§. 235.

Nach manchen Gesetzgebungen und dem Gewohnheitsrechte vieler Gegenden [1]) haben die Rechte des Ehemanns am ge-

---

12) S. oben §. 226 N. 8 u. 15.

1) Ganz besonders ausgebildet ist dieß System in den Ländern des chursächsischen Rechts, wo es unter der Auctorität der romanisirenden sächsischen Practiker entstanden ist, welche sich zwar an den Sachsenspiegel hielten, aber damit das römische Dotalrecht vereinigen zu können

sammten Vermögen der Frau (sofern nicht einzelne Theile als s. g. Receptitien ausdrücklich vorbehalten werden) die Natur eines Nießbrauchs[2]) (ususfructus maritalis) erhalten. Die Frau ist hiernach auch während der Ehe zu allen Verfügungen berechtigt, welche unbeschadet des Nießbrauchs vorgenommen werden können[3]). Der Mann ist verpflichtet, sie und die Kinder standesmäßig zu erhalten; diese Verbindlichkeit trifft

---

glaubten; die vom letzteren abweichenden Bestimmungen des Sachsenspiegels wurden nun zum ususfructus maritalis und zur portio statutaria gestempelt. Eichhorn Rechtsgesch. §. 452. — Vgl. über das System Haubold Sächs. R. §. 70 flg. Sachse Sächs. R. §. 143 flg. Heimbach Sächs. R. §. 99 flg. und dessen Abhandlung in seinen und Ortloff's u. s. w. jurist. Abhandl. Bd. 1 (1847) S. 161 flg. Runde ehel. Güterr. §. 42—49. Preuß. Landr. II, 1 §. 231. 345. Das Oesterreich. Gesetzb. §. 1218 flg. enthält ein modificirtes Dotalsystem. Dieses oder der ehemännliche Nießbrauch gilt häufig für besondere Classen der Einwohner, z. B. den Adel, wenn das allgemeine Gütersystem die Gütergemeinschaft ist. Ueber das Preuß. System s. Bornemann Pr. Civilrecht Bd. 5 S. 72 flg. — Unrichtig tadelt es Walter §. 196, daß dieses System von dem System der Gütereinheit abgetrennt werde. Denn wenn es sich auch geschichtlich ganz an dieses anlehnt, so hat es doch durch die romanisirende Färbung, welche ihm die sächsische Jurisprudenz gegeben, einen selbstständigen dogmatischen Charakter erhalten.

2) Es entscheiden also hier die Grundsätze des ususfructus und quasiususfructus, da der Gegenstand ein ganzes Vermögen ist.

3) Daher kann sie zwar weder einen Gegenstand durch Veräußerung noch durch Contrahiren einer Schuld während der Ehe dem Nießbrauche des Ehemanns entziehen; dagegen kann für voreheliche Schulden das Frauengut jeder Zeit in Anspruch genommen werden, und ebensowohl auch für eheliche Schulden der Frau, welche nicht auf einer Verfügung derselben beruhten. Denn der Nießbrauch des Mannes ergreift nicht die einzelnen Gegenstände, sondern die universitas des Frauenguts; in dem Begriffe des Vermögens ist aber die Möglichkeit einer Vermehrung und Verminderung und der Zusammenhang mit einer Persönlichkeit, die hier fortdauernd wirksam, obschon beschränkt ist, von selbst gegeben. — Aber auch der Mann ist zu keinerlei Verfügung über das Frauengut berechtigt.

auch die Gläubiger des Mannes, welche den Nießbrauch desselben zur Concursmasse ziehen. Eine Caution zur Sicherung der Restitution des Frauenguts ist der Mann nicht zu stellen verbunden. Dagegen gewährt die Praxis der Frau eine stillschweigende Hypothek am Vermögen desselben[4]), und es gebühren ihr ohnedieß für eine eigentliche Dos die Dotalprivilegien. Die Unterscheidung des Frauenguts in Dotal- und Paraphernalgüter[5]) hat jedoch keinen Einfluß auf die Rechte des Mannes, welche am gesammten Vermögen der Frau gleichmäßig bestehen.

Fortsetzung der ehelichen Güterverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§. 236.

Die Wirkungen der Ehe auf die Gestaltung der ehelichen Güter können unter Zustimmung der Betheiligten auch jenseits der Ehe noch eine Zeit lang in ihrem factischen Bestande festgehalten werden; es ist eine beachtenswerthe Neigung des deutschen Rechts, statt der sofortigen Theilung mit ihrer schroffen Consequenz das organisch-gemüthliche Verhältniß noch eine Zeit lang zu wahren, nur folgen daraus noch nicht die Anomalieen, mit denen die Statuten die dereinstige Auseinandersetzung meistens behandeln. Dieß tritt nach vielen Particularrechten in Uebereinstimmung mit dem

4) Ausdehnung der l. 11 C. de pact. conv. 5, 14.

5) Da die sächsischen Gesetze zwischen Dotal- und Paraphernalgut unterscheiden und doch die Bestellung einer dos ungebräuchlich ist, so bedurfte es eines neuen Kriteriums; dieß findet die Praxis in der Zeit der Illation, indem alles zur Zeit der Eingehung der Ehe von der Frau Eingebrachte als dos betrachtet wird. Heimbach Sächs. Recht S. 192. Bornemann a. a. O.

mittelalterlichen Rechte [1]) von selbst ein, wenn der überlebende Ehegatte mit Kindern aus dieser Ehe als Miterben des verstorbenen Gatten concurrirt [2]); er bleibt dann mit den Kindern, die er zu unterhalten, zu erziehen und auszusteuern verpflichtet ist, in ungetheilter Were, und übt über das gemeinsame Vermögen (zu welchem jedoch nur die aus der Ehe stammenden Güter der Kinder [3]), nicht auch ihr sonstiges Vermögen gehört) in der Regel dieselben Rechte aus, welche während der Ehe dem Manne zustanden [4]). Bald besteht demnach sein Recht in einem lebenslänglichen Nießbrauch an dem Erbtheile der Kinder [5]), bald in dem ehemännlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gütereinheitssystems [6]), bald ist das Verhältniß eine fortgesetzte Gütergemeinschaft

---

1) Sachsensp. I, 11. 12. 13. 20 §. 3 und 4. 76. Der überlebende Vater behielt seine Gewere und Vormundschaft ganz so, als während der Ehe; die überlebende Mutter übte dieselben Rechte als Beisitz aus, jedoch durch Geschlechtsvormundschaft beschränkt.

2) Ueber Lübisches R. s. Pauli Abhandl. II S. 140. Brem. Stat. v. 1433, 7. 8. Freiburger Stat. (1520) III, 3 Art. 4. Hamb. Stat. III, 3, 3. Fränkische Landgerichtsordn. III, 90. Bamberg. Landr. I, 1, 10 §. 5. Lippische Verordn. §. 15 flg. S. Phillips Gütergemeinschaft S. 214 flg.

3) Dieß läßt sich innerlich vollkommen rechtfertigen (a. A. Walter §. 235, 7). Denn die Kinder spielen in diesem neuen Güterverhältniß lediglich als Repräsentanten des verstorbenen Ehegatten eine Rolle.

4) Bisweilen sind die Rechte der Frau geringer. Pauli a. a. O. S. 142 flg. Inventarisation und Cautionsleistung wird in der Regel nicht gefordert.

5) Runde Güterrecht §. 112. Dieses Recht, sowie die Rechte des überlebenden Gatten in der fortgesetzten Gütereinheit oder Gemeinschaft beruhen durchaus nicht auf der väterlichen Gewalt oder dem elterlichen Rechte, deren Wirkungen vielmehr daneben bestehen, wenn sie nicht factisch durch jene temporär absorbirt werden; vielmehr sind diese Rechte des überlebenden Gatten juristisch nur als gesetzliche Nachwirkungen des Einflusses der Ehe auf das Vermögen zu betrachten.

6) Runde a. a. O. §. 113.

(communio bonorum prorogata), eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb[7]); ganz anomal ist aber die Gestaltung, bei welcher die Rechte der Kinder den Charakter von Notherbrechten am künftigen Nachlaß des allein erbenden überlebenden Ehegatten erhalten[8]). Diese Fortsetzung des ehelichen

---

7) Hier fällt Alles, was der überlebende Gatte erwirbt, in die gemeinschaftliche Masse, sofern es auch während der Ehe ein Theil der communio geworden wäre. Von dem Vermögen der Kinder gehört nur das vom verstorbenen Gatten Ererbte, nicht auch ihr später Erworbenes oder außerdem schon Besessenes in die Gemeinschaft. In Betreff dieser gelten jedoch alle Grundsätze der ehelichen Gütergemeinschaft. Es ist eine wahre Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb; Vermehrung und Verminderung treffen beide Theile, und von einer Aussonderung der Antheile kann erst die Rede sein, wenn alle auf der Gemeinschaft haftenten Schulden abgezogen sind.

8) Scherer Gütergemeinsch. I. §. 111. Runde §. 115. Hierher gehört auch das statutarisch vorkommende, vielgedeutete und oft verkannte s. g. Verfangenschaftsrecht, wonach nicht allein die unbeweglichen Güter des Verstorbenen, sondern auch des Ueberlebenden den Kindern „verfangen" sind. Manche verstehen darunter ein Eigenthum der Kinder am unbeweglichen Vermögen des Ueberlebenden (Runde S. 240, Dewies Lichtstrahlen in das finster umwölkte Verfangenschaftsrecht nach den Statuten der Herzogth. Jülich-Berg. 1833 S. 74, 75); Andere (z. B. Kraut Vormundsch. II. S. 611) sehen darin eine Anwendung des Rechts der nächsten Erben. Das Richtige ist wohl dieß: man schmolz die Rechte der Kinder am ehelichen Vermögen, wie es in der Hand des überlebenden Gatten vereint war, zu einem Worte und einem Rechtsbegriffe zusammen, obschon sie auf zwei ganz verschiedenen Gründen beruhten (einmal wirkliches Eigenthum in Bezug auf das vom par. praemort. Ererbte, dann die Rechte der nächsten Erben am Vermögen des Ueberlebenden); in dieser Vereinigung legte man dann dem neugeschaffenen Begriffe eine sehr umfassende Bedeutung bei und bildete daraus ein ganzes System. Die Zeit der Entstehung desselben ist schon das 14. Jahrh. (Was Roth in Bekker und Muther Jahrb. III. S. 348 ausführt, scheint mir nicht entscheidend zu sein.) In denjenigen Statuten, wo nun weiter ein s. g. „Theilrecht" bestand, hatte der Ueberlebende das Recht, durch Abtheilung mit den ersteheliche Kindern einen Theil der verfangenen Güter zu freier Dispositionsbefugniß zu erwer-

Güterverhältnisses wird beendigt 1) durch den Tod des überlebenden Ehegatten [9]), 2) durch freiwillige Entsagung [10]), 3) durch Antrag der Kinder oder ihrer Vormünder auf Schichtung, zu welchem sie jedoch nur im Falle der Verwaltungsunfähigkeit oder Verschwendung und der Wiederverheirathung des Ueberlebenden berechtigt sind [11]). Die Theilung, bei welcher die minderjährigen Kinder durch besondere Vormünder vertreten werden müssen, geschieht nach dem Maßstabe des Erbrechts der Kinder, welches aus dem im einzelnen Falle stattfindenden Gütersysteme folgt; bei der Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erhält der überlebende Gatte in der Regel die Hälfte, die andere Hälfte wird unter die Kinder vertheilt, welchen eine empfangene Aussteuer hierbei angerechnet wird [12]). Die Ab-

---

ben. — Eine ganz unglaubliche Begriffsverwirrung hat dieß Wort „Verfangenschaftsrecht" in der Literatur des vor. Jahrh. erzeugt, wie man aus Fischer's Gesch. der deutschen Erbfolge (1778) sehen kann. S. die Zusammenstellungen bei Dewies a. a. O. S. 56 flg., besonders aber die vortreffliche Darstellung bei Wächter Handb. des Würtemb. Pr.-R. I. S. 200 flg.

9) Nicht schon beim Tode eines Kindes.

10) Das Aufgeben dieser Rechte involvirt aber nicht auch ein Aufgeben der Rechte und Pflichten, welche aus der väterlichen Gewalt und der Elternschaft entspringen.

11) Runde §. 117. Hier wird häufig durch Einkindschaftsverträge geholfen. — Wo auch Großjährigkeit (Brem. Stat. 7. Lüb. R. II, 2, 11) ein Recht zum Theilungsantrag giebt, kommt es vor, daß einzelne Kinder abgeschichtet werden, andere in der Were bleiben: jene concurriren dann nicht mehr bei der spätern Theilung.

12) Runde §. 118. Das Princip der Theilung (manche Particularrechte lassen nach Köpfen theilen) ist je nach dem besonderen Charakter der Güterrechte des einzelnen Statuts verschieden; bisweilen ist auch dieser besondere Charakter nicht consequent durchgeführt, sondern eine rein willkürliche Bestimmung getroffen. Ueber das Lübische Recht s. Pauli a. a. O. S. 191—215. — Immer muß als leitender Gedanke angenommen werden, daß bei diesem Verhältniß die Theilung, welche gleich beim Tode des Parens hätte geschehen sollen, verspätet

sonderung der Kinder aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat noch die besondere Wirkung, daß die abgeschichteten Kinder erster Ehe gegen die Kinder einer vom Ueberlebenden mit Gütergemeinschaft eingegangenen zweiten Ehe mit der Beerbung des gemeinschaftlichen Parens zurücktreten und diesen gegenüber nicht einmal den Pflichttheil fordern können[13] [14]).

---

worden ist und nun nachgeholt werden soll. Nach manchen Statuten (Hamb. Stadtr. III, 1, 4. Lüb. R. II, 2, 31. 33) wird die Theilung nicht reell durchgeführt, sondern der Ueberlebende bekennt sich nur zum Schuldner für die Abschichtungssumme (s. g. Ausspruch). — Nach dem osnabrückischen Rechte ist die Abtheilung der Kinder nicht eine Ausscheidung der ihnen gehörenden Erbtheile, sondern eine Abtheilung aus dem Vermögen, welches allein dem Ueberlebenden gehört, der dort als Alleinerbe des Verstorbenen gilt; Peterssen ehel. Güterr. des Fürst. Osnabrück 1863 S. 225.

13) Der Grund dieses exorbitanten Satzes liegt in dem willkürlichen Princip der Gütergemeinschaft, nämlich der Rechtsveränderung. Das Vermögen des zur zweiten Ehe schreitenden Gatten hört auf, sein Vermögen zu sein, es wird Vermögen der neuen Communionsinteressen; beim Tode eines Ehegatten wird nun dessen ursprüngliches Vermögen nicht wieder ausgeschieden, sondern es ist in seinem ideellen Antheil untergegangen, an welchem das Recht zunächst nur den Kindern aus dieser Ehe ein Erbrecht zuerkennt. Runde §. 119. Pauli S. 213 flg. Heise und Cropp Abhandl. II. S. 265 N. 4. Ueber noch andere willkürliche erbrechtliche Folgen der Theilung s. Hamb. Stat. III, 3. Art. 13. Eichhorn Einl. §. 317.

14) Uebrigens sind Abtheilung und Abschichtung der Kinder keine Rechts*institute* (wie man glauben könnte, wenn man von einer allgemeinen principiellen Behandlung der Kinder „in der Were" hört), sondern lediglich Rechts*geschäfte*, deren Charakter nach den Umständen des concreten Falls beurtheilt werden muß. Von selbst versteht sich, daß sich von der obigen Abschichtung von dem Vermögen eines verstorbenen Parens die von dem Vermögen eines noch lebenden wesentlich unterscheidet.

B. Einzelne eheliche Vermögensverhältnisse.

a. Aussteuer.

§. 237.

Die nach alter und sehr allgemeiner Sitte von der Frau in die Ehe gebrachten, hauptsächlich zur Einrichtung des Hauswesens dienenden beweglichen Güter (Heirathsgüter, Ausstattung, Aussteuer [1])) werden im Zweifel nach den Grundsätzen der Dos beurtheilt [2]). In der Gewährung einer solchen Mitgift, für deren Größe die Landessitte [3]) den Maßstab ausspricht, wird heutzutage meistentheils eine genügende Erfüllung der auf Verwandtschaft beruhenden Dotationspflicht anerkannt [4]).

---

1) Auch Brautschatz, Brautwagen, Mitgift, Heimsteuer genannt, Mittermaier Grundſ. §. 392 (ſ. auch Glück Pandekten Bd. 24 S. 434) will hiervon die eigentliche dos unterscheiden, was auf einer unrichtigen Vorstellung von letzterer beruht. Ebenso Bluntschli D. Pr.-R. §. 152. S. aber Puchta Pandekten §. 414 Note d. Die deutsche Sitte der Aussteuer ist freilich nicht erst aus der römischen Dotallehre entlehnt; der Begriff und Zweck derselben fällt aber mit der dos zusammen. Indessen kommen die obigen Namen auch für Mitgaben vor, die nach ganz anderen Grundsätzen, und keinenfalls als dos zu beurtheilen sind, — nämlich für die Abfindungen der Bauertöchter aus dem Colonate. S. darüber §. 253.

2) Unvereinbar ist die Unterscheidung einer dos mit der allgemeinen Gütergemeinschaft, sofern sie nicht den Charakter des Sonderguts haben soll (Runde ehel. Güterr. S. 346). Auch bei dem Systeme des ususfructus maritalis und der Gütereinheit bewährt sie ihre Wirkung erst nach Auflösung der Ehe (ſ. §. 235).

3) Auch der besondere Stand modificirt den Maßstab, z. B. bei Bauern und Adeligen.

4) Beim Bauern- und Adelstande, wo die Aussteuer häufig zugleich eine Abfindung wegen der Ausschließung von der Succession ist, ist die dos necessaria größer; über ihr Verhältniß zu dem Werthe der Grundstücke ſ. Möser patr. Phantasieen Bd. 4 Nr. 52. Runde Interimswirthschaft §. 65.

b. Morgengabe.

§. 238.

Hie und da hat sich die alte Sitte[1]) erhalten, nach welcher der Mann am Morgen nach der Brautnacht der Frau ein Geschenk giebt, die Morgengabe; in der Regel ist dieß eine freiwillige Gabe[2]). Sie kann entweder sofort tradirt[3]) oder für den Fall des Todes des Mannes bestimmt werden; im ersten Falle erwirbt die Frau sofort das Eigenthum der tradirten Gegenstände, welche aber während der Ehe wie das übrige Frauengut in der Hand des Mannes verbleiben[4]), im letzteren Falle erwirbt sie es erst beim Tode desselben[5]).

---

1) S. schon L. Alamann. 56 cap. 2. L. Burgund. 42 §. 2. (Vgl. auch Gengler diss. de Morgengaba. 1843) Sachsensp. I, 20 §. 1. Schwabenspiegel 19. Daß die Morgengabe in einer Beziehung zur Jungfräulichkeit gestanden habe, ist allerdings wahrscheinlich (s. auch Bayr. Landr. I, 6, 16), obschon nicht für alle Gegenden nachzuweisen.

2) Früher mochte es wohl in manchen Ständen nach localem Gewohnheitsrecht eine Pflicht des Mannes sein, die Morgengabe zu geben, wie noch heutzutage bei Ehen Adeliger in Sachsen (Haubold Sächs. R. §. 404). S. auch Bayr. Landr. a. a. O. §. 3.

3) Dieß war namentlich der Fall nach den süddeutschen Rechtsbüchern. S. Kraut Vormundsch. II. S. 546 flg. Alt-Bayr. Landr. §. 131 (Heumann 87, 9). Schwabensp. 20. Ueber den Charakter der Morgengabe nach dem Sachsenspiegel s. Albrecht Gewere S. 261, dagegen aber Kraut a. a. O. S. 538.

4) S. schon Bayr. Land. 12, 9 (Heumann 87). Kraut a. a. O. S. 549. S. aber Preuß. Landr. II, 1 §. 207. Ein wahres Sondergut bilden aber die Geschenke, welche die Frau unter dem Namen: Spiel-, Trüffel-, Nadelgelder vom Manne erhält. S. Pauli Abhdl. aus dem Lüb. R. II. S. 52 flg.

5) Immer aber ist es wirkliches Eigenthum an der Morgengabe, welche deshalb auch auf die Erben der Frau übergeht. Darin unterscheidet sich die bloße Leibzucht, von welcher das Bremische Ritterrecht 6, 1 und das alte Berg. Landr. §. 14 (bei Lacomblet Arch. I, 1, 86) reden, obschon sie den Namen Morgengabe gebrauchen. — Uebrigens verliert die Frau die Morgengabe im Falle einer durch ihre Schuld

c) Witthum[1]).

§. 239.

Eine Wittwenversorgung kann durch Rechtsgeschäfte[2]) der verschiedensten Art bewirkt werden, sowohl durch letztwillige Verordnung, als durch Geschäfte unter Lebenden. Nach dem mittelalterlichen Rechte werden für diesen Zweck besonders das Leibgeding (Leibzucht, Witthum, vidualitium) angewendet, wonach der Ehefrau der lebenslängliche Nießbrauch an bestimmten Theilen des Vermögens des Mannes bestellt wurde, dessen Ausübung aber bis zur Auflösung der Ehe suspendirt blieb[3]). Diesem Verhältnisse entspricht die heutzutage[4]) unter dem Namen Witthum vorkommende Wittwenversorgung, welche bald in der Ueberlassung einer Wohnung (Wittwensitz), bald in dem Nießbrauche von Grund-

herbeigeführten Scheidung, nicht aber im Falle ihrer Wiederverheirathung. So richtig Walter §. 202, 6. 7.

1) Ueber den Ursprung der Wortes (v. widmen) s. Phillips in den Münchener gel. Anzeigen Bd. 19 Nr. 222; daraus kann jedoch für das heutige Recht keine Consequenz gezogen werden.

2) Auch durch unmittelbare gesetzliche Bestimmungen, z. B. erbrechtliche oder solche, welche das Verhältniß der Wittwe zum Vermögen der Kinder reguliren (Beisitz).

3) Sachsensp. I, 21: „Man muz auch wol vrowen eigen gebn zu irme libe mit der erben gelobede, swie jung daz sie sin, binnen deme gerichte, dar daz eigen inne ligt, in iclicher stat, deste dar konges ban sie. Libzucht kan den vrowen niman brechen, en weder nach geborne erben noch chein man, uffe den daz gut erstirbt, sie en verwirkez selben — —. Wirt san ein man mit rechte von sime wibe gescheiden, si beheldet doch ihre libzucht, di he ir gegeben hat an sime eigen.“ Auch der Mann kann die zu Leibzucht angewiesenen Grundstücke der Frau nicht durch eine Disposition entziehen. Kl. Kaiserr. 2, 100. Schwabenspiegel (Wackern.) 21. Albrecht Gewere S. 223 flg. Kraut Vormundsch. II. S. 527 flg. S. auch Eckardt Zeitschrift für deutsch. R. Bd. 10 S. 446 flg. Ueber Leibgeding am Lehen s. oben §. 117 N. 4.

4) Am meisten kommt sie bei dem Grundadel vor.

stücken und Capitalien, bald in der Bestellung von Natural- oder Geldrenten besteht[5]). In der Regel ist sie eine freiwillige Handlung des Mannes; hie und da kann sie aber auch nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht gefordert werden. Sie endigt nach den meisten neueren Gesetzen mit der Wiederverheirathung der Wittwe[6]).

Eine andere Art der Wittwenversorgung wurde üblich, als besonders in den Ehen Adeliger von der Frau auch Capitalvermögen als Heirathsgut eingebracht zu werden pflegte; in Rücksicht auf eine solche Dos wurde vom Manne eine gleich große Contrados (Widerlage, Gegenvermächtniß, donatio propter nuptias) bestellt, welche von den Erben des Mannes bei dessen Tode ausgezahlt und bei verzögerter Auszahlung verzinst werden mußte[7]). Dieses Rechtsverhältniß hat später in Sachsen[8]) die Deutung als eine Leibrenten-

5) Brem. Ritterr. Tit. 7 §. 1 u. 4. Cod. Maxim. Bavar. I, 6 §. 15. Kamptz Mecklenb. Civilr. §. 203. Preuß. Landr. II, 1 §. 467 flg. Haubold Sächs. R. §. 406 (Eingeschneidel). Oesterr. Gesetzb. §. 1242—1244. Besteht das Witthum in einem Nießbrauche, so braucht die Wittwe keine Caution zu leisten.

6) Eichhorn Einl. §. 306 behauptet, daß im Zweifel das Witthum lebenslänglich sei (mit Ausnahme des Wittwensitzes); dieß widerspricht der fast übereinstimmenden Bestimmung der neueren Gesetze, welche das Witthum als eine Versorgung der Wittwe, so lange sie im Wittwenstande bleibt, ansehen. Eckardt a. a. O. S. 493.

7) Die Natur dieses Instituts ist, wenn sie sich nicht aus der Absicht der Parteien ergiebt, unklar und schwankend. Häufig sollte damit nur das alte Leibgeding bezeichnet werden, worauf man dann irrthümlich die Grundsätze der römischen donatio propter nuptias anwandte. — S. Eisenacher Rechtsbuch (Ortloff) II, 20. Eckardt a. a. O. S. 462—487. Eichhorn Einl. §. 304 und 305 (Phillips D. Pr.-R. §. 132). S. Bayer. Landr. 11, 17 (Heumann 83). Schwabensp. 23. — Cod. Maximil. I, 6 §. 14. Preuß. Landr. II, 1 §. 456. Kamptz Mecklenb. R. §. 202 (augmentum dotis). Oesterr. Gesetzb. §. 1230. Laspeyres in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 6 S. 45 flg.

8) Sächs. Constit. v. 1572 II. c. 42 u. 44. Haubold Sächs. R.

berechtigung der Wittwe (dotalitium) gefunden, welche an die Stelle des Rückempfangs der Dos und des Gegenvermächtnisses tritt und in dem Anspruche auf die doppelten Zinsen (gemäß einem älteren Zinsfuße von 10 Procent) dieser Vermögenstheile besteht. Hiernach hat die adelige Wittwe in Sachsen gesetzlich die Wahl, ihren Brautschatz nebst dem Gegenvermächtniß zurückzufordern, oder die Leibrente von den Erben des Mannes anzunehmen[9]), zu deren Zahlung auch die Nachfolger im Lehen- oder Stammgute als solche verpflichtet sind. Vertragsmäßig und dann bisweilen modificirt findet sich das Verhältniß auch außerhalb Sachsens.

Zweites Capitel.

Das elterliche und Kindes-Recht.

Einleitung.

§. 240.

Die elterlichen und Kindes-Rechte sind gegenseitige Rechte an der Person. Jene kommen beiden Eltern als solchen zu; aber dem Vater gewährt das Recht in Gemäßheit seiner natürlichen Stellung auch hier ein Uebergewicht. Diese stärkere Berechtigung des Vaters stellte das ältere deutsche Recht in der Form einer Vormundschaft (Mundium) über die Kinder dar, welche jedoch den gesammten Inhalt seines Antheils an den elterlichen Rechten nicht erschöpfte[1]). Von

---

§. 398 flg. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 197 flg. Sachse Großherz. Sächs. R. §. 538.

9) Vorausgesetzt wird probatio dotis illatae. Uebrigens hat die Wittwe dann für diese Forderung die Dotalprivilegien. Es ist eine wahre Leibrente, welche nicht auf die Dauer des Wittwenstandes beschränkt ist.

1) Kraut Vormundsch. II. S. 602—618. Manches Interessante

den allgemeinen elterlichen Rechten löste sich so eine Summe besonderer elterlicher Rechte des Vaters ab, welche neben jenen ihr selbstständiges Dasein hatten; nachdem der strenge Begriff der väterlichen Vormundschaft untergegangen war, hat man sie unter dem Namen väterliche Gewalt zusammengefaßt und ihnen zugleich einige der wichtigsten Wirkungen der väterlichen Gewalt des römischen Rechts angeschlossen[2]).

---

bietet auch Trummer Vortr. über merkw. Erschein. in d. Hamb. R.-G. Bd. 3 S. 340.

2) Nur diese Auffassung der väterlichen Rechte läßt sich nach deutschem Rechte rechtfertigen; die väterliche Gewalt ist nur ein gesteigertes elterliches Recht. Gewiß ist es unrichtig, diese besonderen Rechte heutzutage zu ignoriren und namentlich die Geltung einiger wichtigen Wirkungen der römischen väterlichen Gewalt in Abrede zu stellen (s. die bei Kraut S. 618 Citirten), oder diese Ansicht in der Form auszusprechen, daß auch der Mutter heutzutage eine potestas zukomme (wie in einzelnen Particularrechten, z. B. den Mühlhäuser Stat. Bd. 4 Art. 20 und 31, welche auch der Mutter eine Gewalt beilegen; s. dagegen Cropp in s. und Heise's Abhandl. S. 283 und Kraut S. 681; solche Bestimmungen sind theils als Singularitäten, theils als Reste einer ehemaligen Vormundschaft der Mutter aufzufassen); aber noch unrichtiger scheint es mir zu sein, wenn man, wie vielfach geschieht, die Geltung der römischen patria potestas ihrem principiellen Charakter nach behauptet. Denn dieser enthält, ebenso wie die manus über die Frau und die Herrschaft über die Sclaven, eine den Vermögensrechten analoge Berechtigung an Personen — ein Charakter, der im neusten römischen Rechte zwar durch große Milderung seiner Wirkungen zurücktritt, aber doch noch immer vorhanden ist. Die Natur der väterlichen Rechte in Deutschland, selbst des alten strengen Mundiums hat aber nie diese Bedeutung gehabt; hier war immer das natürliche, in der sittlichen Organisation der Familie begründete Schutzrecht und die Schutzpflicht des Vaters die Grundlage, welches die Persönlichkeit des Kindes nicht weiter beschränkt, als jenes Schutzverhältniß fordert; daher es auch nur bis zur Mündigkeit und Selbstständigkeit des Kindes dauerte. Und dieser Charakter der väterlichen Rechte besteht auch heute noch; sie sind zwar größer als die allgemeinen (auch der Mutter zustehenden) elterlichen Rechte, aber doch sind sie ihren specifischen Charakter nach nichts Anderes als solche.

1) Die allgemeinen elterlichen und Kindes-Rechte[1]).

§. 241.

Eltern und Kinder sind sich gegenseitig Alimentation schuldig. Die Eltern sind verpflichtet, die Kinder zu erziehen, jedoch hat der Vater bei der Anordnung der Art der Erziehung die überwiegende Stimme; dasselbe gilt auch in Betreff der Bestimmung des Glaubensbekenntnisses, in welchem die Kinder in gemischten Ehen erzogen werden sollen[2]). Das Recht und die Pflicht der Erziehung kommt im Falle des Todes oder der Unfähigkeit des Vaters der Mutter zu, selbst wenn sie zu einer zweiten Ehe schreitet[3]). Beide Eltern

---

Von der römischen patria potestas sind nur einzelne Wirkungen auf das elterliche Recht des Vaters übertragen.

1) Die Klagen auf Anerkennung der Kindschaft sind die römischen, nämlich die actio de liberis agnoscendis et alendis (actio de filiatione) und die actio de partu agnoscendo.

2) Dieß muß dann angenommen werden, wenn das Gesetz keine oder nur eine subsidiäre Bestimmung über diese Frage für den Fall ausspricht, daß keine eigene Entscheidung des Vaters vorliege. Puchta Einl. in das Recht der Kirche (1840) S. 81 flg. Bisweilen aber ist die Bestimmung des Gesetzes absolut (z. B. Hannov. Ges. v. 31. Juli 1826, wonach die Kinder in der Religion des Vaters erzogen werden müssen, und ebenso die Preuß. Declarat. v. 21. Nov. 1803); manche Gesetze enthalten subsidiäre Bestimmungen, welche nur durch einen Ehevertrag, also den übereinstimmenden Willen beider Gatten abgeändert werden können (z. B. Bayr. Relig.-Edict v. 26. Mai 1818 §. 12, wo, wie früher in der absoluten Vorschrift des Pr. Landr. II, 76, bestimmt wird, daß die Söhne im Glaubensbekenntniß des Vaters, die Töchter in dem der Mutter erzogen werden sollen). Immer aber reicht die Wirkung solcher Bestimmungen nur bis zu den Unterscheidungsjahren der Kinder. — Ueber die Frage, ob das Recht des Vaters durch einen Ehevertrag wirksam beschränkt werden könne, sind die Ansichten getheilt. Puchta Einl. in das R. der Kirche S. 91 flg. verneint sie mit Recht.

3) S. z. B. Pr. Landr. II, 18 §. 315 u. 317. Oesterr. Gesetzb. §. 218. Anders das Kurhess. Recht bei Roth u. Meibom I §. 128.

gleichmäßig haben heutzutage das Recht, die Eingehung einer bestimmten Ehe des Kindes durch Verweigerung ihrer Einwilligung zu verhindern[4]). Auch in Deutschland bestehen ferner die rechtlichen Wirkungen, welche schon das römische Recht aus der schuldigen Ehrfurcht der Kinder gegen die Eltern hervorgehen läßt[5]). Die Vermögensrechte dagegen, welche dem überlebenden Ehegatten nach vielen Particularrechten an dem aus dem Nachlasse des verstorbenen stammenden Vermögen der Kinder in einer Fortsetzung der ehelichen Güterverhältnisse zustehen, ruhen nicht auf diesem Boden, sondern in einer Steigerung der Wirkungen der Ehe auf das Vermögen[6]).

2) Die besonderen Rechte des Vaters (väterliche Gewalt).

§. 242.

Die besonderen Rechte des Vaters (die s. g. väterliche Gewalt) betreffen das Vermögen des Hauskindes[1]); der

4) Goeschen doctrina de matrimonio (1848) p. 10. Richter Kirchenrecht §. 254.

5) Puchta Pandekten §. 431. Dienste, welche über die natürliche Verpflichtung der Kinder zum Gehorsam und zur gewöhnlichen Beihülfe hinausgehen, können die Eltern nicht verlangen. Ueber die bestrittene Frage, ob die Kinder für den Eltern geleistete Dienste Ersatz fordern können, s. Kraut Vormundsch. II S. 638 flg.

6) S. oben §. 236, 3. Ueber ein in früheren Quellen der Mutter außerdem bisweilen gestattetes Nießbrauchsrecht am Vermögen der Kinder s. Kraut a. a. O. S. 688 flg.

1) Die Einwirkung des Vaters auf die Person des Kindes, das Erziehungs= und Züchtigungsrecht, kann heutzutage nur als Wirkung seines hervortretenden Antheils an den allgemeinen elterlichen Rechten gelten. — Sehr eigenthümlich ist die particularrechtliche Auffassung, welche dem Vater neben seiner väterlichen Gewalt auch noch die von jener ganz unabhängige Stellung eines gewöhnlichen Altersvormunds im modernen Sinne beilegt, und ihn in dieser Eigenschaft

Inhalt derselben wird heutzutage im Wesentlichen nach den Wirkungen der väterlichen Gewalt im neusten römischen Rechte bestimmt [2]). Nur erkennt das deutsche Recht in dieser s. g. väterlichen Gewalt kein Hinderniß zur Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen dem Vater und den Kindern*), wodurch thatsächlich von selbst der Umfang des Peculiums auf ein geringeres Maß zurückgeführt wird [3]). Im Uebrigen legt

---

nicht nur der Obervormundschaft unterordnet, sondern auch allen übrigen Vorschriften über die Vormundschaft unterstellt; daher denn auch dieses Recht aufhören kann, obschon die väterliche Gewalt noch fortdauert, und umgekehrt. So Roth und Meibom kurhess. Privatr. I §. 132. Daß diese Auffassung nicht allgemein gilt, sieht man z. B. aus Steinacker's Braunschweig. Privatr. S. 62. Consequenter in dieser Aneignung eines Verwaltungsmechanismus würde es sein, die ganze väterliche Gewalt lediglich von dem Gesichtspuncte einer Vormundschaft zu behandeln, welche sich freilich in Beziehung auf Form und Selbstständigkeit von der gewöhnlichen Altersvormundschaft mehrfach unterschiede, — immer aber so, daß in diesem Begriffe Alles, was man sonst zur väterlichen Gewalt rechnet, zusammengefaßt würde. So Baumeister Hamburg. Privatr. 2 S. 43 flg. Gemeinrechtlich kann wohl nur der einzelne, im Text zu Note**) angeführte Satz behauptet werden.

2) Das wichtigste Recht, die Verwaltung und der Nießbrauch am Vermögen der Kinder (welchen der Vater auch an den aus der Theilung der fortgesetzten Gütergemeinschaft stammenden Gütern hat), stand ihm schon nach der älteren Vormundschaft zu. Kraut a. a. O. II S. 606 flg. 622. Particularrecht und Praxis haben nun zwar die Wirkungen der väterlichen Gewalt oft im Einzelnen modificirt (Kraut S. 619 flg.), aber die Darstellung dieser Abänderung gehört nicht hierher.

*) Die ältere romanistische Jurisprudenz anerkannte diesen Satz auch, rettete aber ihr Gewissen durch Annahme einer fingirten Emancipation ad hoc.

3) Kraut S. 635 flg. Diese Abänderung entspricht dem ursprünglichen Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen Vater und Kind in Deutschland, welcher aufrecht erhalten worden ist. S. z. B. Cod. Maximil. Bavar. I, 5 §. 2. Sächs. Decis. 14 v. 1746. Kurpfälz. Landr. I, 27 §. 3. Maynz. Landr. Tit. 30 §. 1 u. s. w. Uebrigens wird den

eine allgemeine Rechtsansicht dem Hausvater auch die Function eines natürlichen Vormunds der minderjährigen Hauskinder im Rechtsverkehr mit Dritten bei, indem er sie in dieser Beziehung sowohl gerichtlich als außergerichtlich zu vertreten hat**)

Diese besonderen Rechte des Vaters entstehen aus denselben Gründen, aus denen die väterliche Gewalt nach römischem Rechte entstand; auch der Legitimation[4]) wird diese Wirkung beigelegt. Sie erlöschen, 1) wenn die Kinder einen besonderen Haushalt anlegen, d. h. ein selbstständiges, aus den Früchten eigner Erwerbthätigkeit und ei=

Hauskindern bei Rechtsgeschäften mit dem Vater ein Curator ad hunc actum bestellt.

**) Dieser Satz erhält seine Bedeutung durch die jetzt allgemein anerkannte unbeschränkte Erwerbs= und Vermögensfähigkeit der Hauskinder. Die Vertretung des Hausvaters beschränkt sich also nicht auf die durch die Verwaltung des Adventitienguts veranlaßten Handlungen, sondern geht darüber hinaus, indem sie das allgemeine Vertretungsbedürfniß einer vermögensfähigen Persönlichkeit überhaupt befriedigt. Diese Function ist aber nicht mechanisch in den Begriff der modernen Vormundschaft einzurahmen, sondern ist wie eine Wirkung der väterlichen Gewalt als einer organisch=sittlichen Rechtsstellung anzusehen. Sie erscheint mithin als ein fortwirkendes Moment des alten väterlichen Mundialrechts.

4) Die Legitimation und Adoption war dem deutschen Rechte unbekannt; jene wurde später nur mit der Wirkung anerkannt, den Makel der unehelichen Geburt zu tilgen. Heutzutage genügen diese Acte zwar völlig zur Begründung der väterlichen Gewalt, aber in manchen andern Rechtsverhältnissen, namentlich erbrechtlichen, ersetzen sie nicht das Erforderniß der ehelichen Geburt. Eichhorn Rechtsgesch. §. 351. 449. — Von einem Zurückfallen der Enkel in eine großväterliche patria potestas beim Tod ihres Vaters kann jetzt nicht mehr die Rede sein, da nach deutschem Rechte der Sohn, der eine eigene Familie gründete, in der Regel aus der väterlichen Gewalt geschieden war. Unter dem Einfluß dieser Vorstellung hat sich gemeinrechtlich der Satz gebildet, daß trotz des Vorhandenseins eines Großvaters der Tod des Vaters immer als Fall einer Vormundbestellung gilt.

genen Vermögens unterhaltenes Leben beginnen, dessen Begriff weder die Fortdauer kleiner väterlicher Unterstützungen ausschließt, noch eine äußere Trennung aus dem Hause des Vaters erfordert[5]); den volljährigen Kindern steht die Anlegung einer besonderen Haushaltung durchaus frei, den minderjährigen nur mit Zustimmung des Vaters[6]). 2) Mit der Verheirathung der Töchter[7]). Die Emancipation des römischen Rechts wird in Deutschland selten gebraucht[8]).

Drittes Capitel.

Die Vormundschaft[1]).

Einleitung.

§. 243.

Die Vormundschaft (Mundium) des älteren deutschen

---

5) S. über diese gemeinrechtliche s. g. quasi emancipatio oder emanc. tacita s. Saxonica, ein erst seit der Reception des römischen Rechts in dieser Form entwickeltes Institut, Kraut Vormundsch. S. 601 und 644 flg., und die das. angeführten Stellen, vorzüglich Constit. Saxon. II, 10. Frankfurt. Reform. II, 1, 9. Preuß Landr. II, 2 §. 210 flg. Cod. Maximil. Bavar. I, 5 §. 7. Als abgesonderter Haushalt muß auch die Stellung eines Kindes als Dienstbote, Handlungsdiener u. s. w. gelten (Kraut S. 657). Dieser Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt gilt auch für Töchter, was bisweilen bestritten worden ist.

6) Dieß ist bestritten. Man verlangte 1) ein bestimmtes Alter und 2) Zustimmung des Vaters. S. Kraut S. 654.

7) Nicht auch der Söhne, wie Kraut S. 662 flg. annimmt, bei denen nur Absonderung des Haushalts entscheidet.

8) Ein praemium emancipationis kommt heutzutage nicht mehr vor. Kraut S. 665.

1) Eine umfassende Darstellung des älteren deutschen Vormundschaftsrechts und der auch im heutigen Rechte noch bestehenden einzelnen Wirkungen desselben giebt Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts 3 Bände 1835—1859.

Rechts beruhte nicht auf dem in gewissen Altersstufen und anderen menschlichen Zuständen eintretenden Bedürfniß einer fremden Vermögensverwaltung, sondern auf der Nothwendigkeit eines allgemeinen Schutzes wehrloser und hülfsbedürftiger Personen, in welchem nicht bloß das Vermögen, sondern das gesammte physische und geistige Dasein vertreten war [2]). Da dieses Bedürfniß nach dem öffentlichen Leben jener Zeit sehr ausgedehnt bestand, so waren nicht bloß Unmündige, Gebrechliche und Frauen, sondern auch familienlose Freie und Geistliche einer Vormundschaft (Vogtei) unterworfen. Der Inhalt der vormundschaftlichen Rechte und Pflichten war je nach dem besonderen Lebensverhältnisse des Mündels verschieden, indem sie sich bald einem obrigkeitlichen Schutze näherten, bald durch die natürliche Stellung des Vormunds als Vater oder Gatte einen eigenthümlichen Zuwachs empfingen. Dieser Charakter der Vormundschaft mußte verschwinden, als ein geordneter öffentlicher Zustand das Bedürfniß eines besonderen Privatschutzes beseitigte; es blieb sonach nur noch die Vormundschaft, welche den Mangel

---

2) Dem Vormunde wurde am Vermögen des Mündels eine Gewere zugeschrieben, an seiner Person aber eine Gewalt; der Vormund konnte sich daher des Gutes und der Person unterwinden, und hatte auch die Kinder des Mündels in seiner Vormundschaft; er konnte Gehorsam vom Mündel verlangen und übte innerhalb gewisser Gränzen ein Strafrecht über ihn aus. Der Vormund konnte die Vormundschaft auf Andere übertragen. Er bezog die Composition wegen einer Verletzung der Vormundschaft, zum Theil auch des Mündels; umgekehrt mußte er die vom Mündel verwirkten Compositionen aus des Mündels Vermögen und subsidiär aus seinem eigenen bezahlen, welche letztere Verpflichtung jedoch später wegfiel. Der Vormund wurde wegen Verletzung seiner Pflichten „gebalemundet", sei es auf Antrag des Mündels oder seiner Verwandten oder durch den Richter. Kraut S. 286—362 und S. 397.

der Fähigkeit zu eigener Vermögensverwaltung ersetzen soll[3]). Dahin gehört auch die in Particularrechten noch vorkommende Geschlechtsvormundschaft.

Zwar ist heutzutage die Lehre von der Altersvormundschaft vorzugsweise nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilen; aber doch haben sich einzelne modificirende Rechtssätze theils durch die Reichsgesetzgebung, theils durch die Praxis und die Landesgesetze erhalten, welche mit dem älteren deutschen Rechte in Verbindung stehen.

1) Vormundschaft über Minderjährige.

§. 244.

Die am tiefsten eingreifenden Eigenthümlichkeiten der deutschen Vormundschaftslehre im heutigen Rechte[1]) sind folgende: 1) Nach älterem deutschen Rechte mußte jeder Unmündige einen Vormund haben; derjenige, welcher zwar zu seinen Jahren, aber noch nicht zu seinen Tagen gekommen war, konnte ihn selbst erwählen[2]). An die Stelle dieses Rechtssatzes sollte beim Eindringen des römischen Rechts der Unterschied zwischen Tutel und Curatel treten; die Reichsgesetzgebung hob diesen jedoch auf und bestimmte, daß bis zur erlangten Volljährigkeit eine ununterbrochene Vormundschaft Statt finden müsse[3]); hierdurch ist die rechtliche Be-

---

3) Kraut I S. 100—108.

1) Andere Modificationen des römischen Rechts durch deutsche Rechtssätze sind als Einzelnheiten an die Darstellung des heutigen römischen Rechts anzuschließen.

2) Ueber die Mündigkeitstermine s. oben §. 35, 3. Vgl. Sachsensp. I, 42. Verm. Sachsensp. I, 42, 8. Schwabensp. (Wackernag.) 52. 54.

3) Reichs-Polizei-Ordnung v. 1548 Tit. 41 §. 1: „Daß den Pupillen und Minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder

deutung des Unterschieds eines impubes und minor in Rücksicht auf die Vormundschaft[4]) aufgehoben, indem bis zur Volljährigkeit eine gleiche Handlungsunfähigkeit des Mündels und das Bedürfniß einer fortdauernden vormundschaftlichen Vertretung Statt findet[5]), welche zwar in Rücksicht der Wirkung der auctoritas, in Rücksicht der Form aber dem consensus des Curators gleich steht[6]). 2) Außer der gesetzlichen[7]),

---

und Vorsteher, so die ihnen von ihren Eltern in Testamenten — nicht verordnet, oder ihre angebohrne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wollen oder darzu tüglich und geschickt wären, gegeben werden." (S. auch Cod. Maximil. Bavar. I, 7 §. 36, aber auch Hamburg. Stat. III, 6, 21.) Diese Stelle hat verschiedene Erklärungen gefunden. Meistens sieht man in ihr nur die Bestimmung, daß es nicht mehr in der Wahl des minor liegen solle, sich einen Curator zu nehmen oder nicht. Richtig erklärt die Stelle dagegen Kraut II S. 97 flg. in der im Text gegebenen Art, entsprechend der damaligen allgemeinen Ansicht über diese Frage. Hiergegen spricht nicht die Ausdrucksweise in der Stelle, welche den Unterschied zwischen Tutoren und Curatoren und zwischen Pupillen und Minderjährigen hervorzuheben scheint; dieß war nur eine Wiederholung des gewöhnlichen gelehrten Sprachgebrauchs.

4) Nicht aber in anderer Beziehung, z. B. in Betreff der Testamentification.

5) Daher kann bei eintretender Pubertät der Vormund aus seiner bisherigen Geschäftsführung keinen Excusationsgrund gegen die fernere Vormundschaft nehmen.

6) Kraut S. 113. Der Vormund handelt heutzutage sehr häufig statt des Mündels, indem wohl auch bei dem Erwerb der Erbschaften jetzt eine Repräsentation erlaubt ist, und überhaupt bei Geschäften, bei welchen nach römischem Rechte eine Vertretung nicht zulässig ist. S. Frankfurt. Reform. VI, 1, 6. Pr. Landr. I, 9 §. 390. Oesterr. Gesetzb. A. 233 u. 805.

7) Die „rechten Vormünder" des älteren Rechts. Solche waren beim Tode des Vaters der nächste ebenbürtige Schwertmage (Sachsensp. I, 23), und erst in Ermangelung solcher die nächsten Cognaten von der Mutterseite (Schwabensp. [Wackern.] 52. Augsburg. Stat. v. 1276 nach der Ausg. v. Freyberg. S. 109). S. Kraut I S. 191 flg.

letztwilligen[8]) und Dativ-Vormundschaft[9]) kennt das heutige Recht auch eine vertragsmäßige[10]). Als solche ist z. B. die von beiden Ehegatten in den Ehepacten bestimmte anzusehen, welche nur von beiden zugleich widerrufen werden kann. Das dem Vater von einem Dritten gegebene Versprechen, die Vormundschaft übernehmen zu wollen, hindert zwar Letzteren, sich willkürlich zu excusiren, nicht aber den Vater, einen anderweiten Vormund zu bestellen[11]). 3) Von ganz besonderer Bedeutung ist die Ausdehnung, welche im heutigen Rechte die Wirksamkeit und Haftung der Obervormundschaft erlangt hat. Während ursprünglich[12]) die Aufsicht über die vormundschaftliche Verwaltung eine Angelegenheit der Familie des Mündels war, trat ihr in Deutschland der Staat darin bald zur Seite und endlich ganz an deren Stelle[13]); er übt die Obervormundschaft durch das

---

8) Diese kann heutzutage gültig in einer völlig unförmlichen letztwilligen Erklärung bestellt werden. Kraut I. S. 262.

9) Auch das ältere deutsche Recht kennt vom Richter „gegebene" Vormünder, anfänglich zwar nur für eine einzelne Gerichtssitzung (Sachsensp. I, 47), später aber auch für immer (Schwabensp. bei Laßberg. 348). Davon ist zu unterscheiden der in einigen alten Stadtrechten und dem Schwabensp. (Wackern.) Art. 54 vorkommende „gekorne" Vormund, d. h. der vom Vater für das Kind gewählte. Kraut I S. 202 flg.

10) Kraut I S. 265 flg. Cod. Max. Bavar. I, 7 §. 5 u. 6. Pr. Landr. II, 18 §. 176. Sächs. Vorm.-Ordn. v. 1782. IV §. 1 u. 2. Die Vormundschaftsbestimmungen, welche adelige Hausgesetze enthalten, müssen nach dem Gesichtspuncte der Einsetzung von Familienämtern betrachtet werden; meistentheils werden nur die Agnaten zur Vormundschaft über das minderjährige Familienhaupt und zur Verwaltung des Hausvermögens berufen. Gerber in s. u. Ihering's Jahrbb. 3. Bd. S. 441.

11) Daher ist eine solche vertragsmäßige Vormundschaft dem Range nach der testamentarischen gleichzustellen. A. M. Kraut a. a. O. S. 276.

12) Ueber den alten Königsschutz s. Kraut I S. 63 flg.

13) Diese Entwickelung ist gründlich dargestellt bei Kraut I S. 77

gewöhnliche competente Gericht des Mündels, bisweilen auch durch besondere Waisengerichte oder Pupillencollegien aus. Der Obervormund hat die Fähigkeit eines berufenen Vormunds zu untersuchen und jeden Untüchtigen ohne Rücksicht auf die testamentarische oder vertragsmäßige Anordnung von der Vormundschaft auszuschließen; er überträgt ihm das Amt[14]) mittelst eines besonderen Tutoriums, er vereidet ihn und sorgt für gehörige Cautionsstellung, welche auch in hypothekarischer Sicherheit bestehen kann, und Inventarisation[15]); er hat ferner eine fortwährende Aufsicht über die Verwaltung auszuüben, alljährlich Rechnung ablegen zu lassen[16]), bei allen wichtigen Angelegenheiten die Einholung seiner Genehmigung zu fordern und einen untauglichen Vormund zu entfernen. 4) Die Verheirathung einer Mündel beendigt die Vormundschaft, wenn in der Ehe Gütergemeinschaft oder Gütereinheit Statt findet[17]).

—97. Die Vormünder sind heutzutage nur Stellvertreter des Obervormunds, d. h. des Staats. Pr. Landr. II, 18 §. 235.

14) Reichs-Polizei-Ordn. v. 1548 Tit. 31 §. 2.

15) Reichs-Polizei-Ordn. v. 1548 Tit. 31 §. 3.

16) Ob die Rechnungsablegung des Vormunds im älteren deutschen Rechte sich auch auf die Früchte des Mündels bezog oder nicht, d. h. ob es eine tutela usufructuaria gab, ist sehr bestritten und zweifelhaft. Kraut II S. 54 flg. will sie in den friesischen Rechten, in den späteren sächsischen Glossen, in Stadtrechten und Urkunden ausgesprochen finden und auf ihre wirkliche Gemeinrechtlichkeit schließen; auch leitet er den Anspruch des Vormunds auf ein Honorar daraus her.

17) Es läßt sich nicht erweisen, was Kraut II S. 172 flg. behauptet, daß heutzutage gemeinrechtlich die Vormundschaft sowohl über Männer als Frauen allgemein durch Verheirathung aufgehoben werde. Particularrechtlich ist es bisweilen bestimmt, daß die Einwilligung des Vormunds in die Eingehung einer Ehe zugleich eine Mündigsprechung des Mündels enthält. S. die bei Kraut S. 89 Note 10 und S. 173 Note 28 und 29 angeführten Rechte.

2) Geschlechtsvormundschaft.

§. 245.

Die nie endigende Wehrlosigkeit der Frauen stellte diese nach älterem deutschen Rechte für ihr ganzes Leben unter eine Vormundschaft[1]), welche in Ermangelung des Vaters dem nächsten Schwertmagen[2]) und bei ihrer Verheirathung dem Manne[3]) zukam, nach dem Tode des letzteren aber nur dann an dessen Verwandte fiel, wenn er der Frau seinem Stande nach mindestens ebenbürtig gewesen war[4]). Nachdem dieser Grund des Bedürfnisses einer Bevormundung im späteren Mittelalter aufgehört hatte, verschwand zwar die Vormundschaft über mündige Frauen nicht sofort[5]), aber ihre Wirksamkeit beschränkte sich auf eine Vertretung der unverheiratheten bei processualischen Handlungen[6]) und nur nach einzelnen Stadtrechten auch bei sonstigen wichtigen gerichtlichen Geschäften[7]), während die Vormundschaft des Ehemanns

---

1) L. Long. Roth. c. 205. Kraut II. S. 266 flg.

2) L. Saxon. III. c. 2. 5—7. L. Sal. emend. 46 §. 4—10. Kraut. I. S. 187 flg.

3) Sachsensp. III, 45 §. 3. In ältester Zeit erwarb der Mann die Vormundschaft durch den Brautkauf mittelst Erlegung eines Muntschatzes (meta), Kraut a. a. O. S. 171 flg. und S. 299 flg. Diese Sitte ist schon im Sachsenspiegel nicht mehr nachzuweisen.

4) Sachsensp. I, 45 §. 1: „Al en sie ein man sime wibe nicht ebenbürtig, her ist doch ir vormunde, und si ist sin genozinne und trit in sin recht, swenne sie in sin bette get. Swenne her aber stirbit, so ist sie ledig von sime rechte und beheldet recht nach irer geburt; dar umbe muz ir vormunde sin ir nehste ebenburtige swertmac, und nicht ires mannes.“

5) Sehr häufig wurde ihnen aber gestattet, sich den Vormund selbst zu wählen. S. Kraut I. S. 219 und 284.

6) So Sachsensp. I, 46. II, 60 §. 1. Verm. Sachsensp. I, 49, 1. Schwabensp. 59.

7) Dieß war nicht der Fall nach den Rechtsbüchern des Mittelalters; Sachsensp. I, 45 §. 2: Ein weib en mag auch an ihres man-

durch den Einfluß ihrer natürlichen Grundlage einen weiteren Umfang bewahrte. Auch nach Einführung des römischen Rechts ist diese Geschlechtsvormundschaft beibehalten worden; indem man ihr aber einen neuen Grund, die Schwäche und Unerfahrenheit der Weiber, unterlegte [8]), veränderte sich ihr Charakter in der Theorie und Gesetzgebung. Aus dieser ist sie jedoch in diesem Jahrhunderte so beharrlich verdrängt worden, daß sie nur noch particularrechtlich besteht [9]).

§. 246.

Die Geschlechtsvormundschaft (Kriegsvogtei) über unverheirathete Weiber enthält keine Vertretung der Person, sondern nur einen Beistand für die Mündel, und äußert sich nicht in einer Vermögensverwaltung, sondern nur in der Mitwirkung bei der Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte [1]). Der Vormund kann entweder allgemein für alle oder nur für bestimmte Fälle bestellt werden; er wird von der Mündel

nes gelob nicht ires gutes vergeben noch eigen verkaufen, noch libzucht uf lazen, durch daz her mit ir in den gewern sitzet. Megede aber unde ungemannete wib verkaufen ir eigen an ires vormunden gelob, her en sie dar erbe zu (Schwabensp. 59). Wohl aber nach einigen Stadtrechten, z. B. Hamburg. Stat. v. 1274 V, 3, und nach Lübischem Rechte (vgl. Kraut II S. 258 flg. und Pauli Abhandl. III. S. 424).

8) Mevius Comment. ad J. Lub. I Tit. 10 art. 1 nr. 9.

9) Hamb. Stat. III, 6, 21. Const. Elect. Saxon. II, 15 (Haubold Sächs. R. §. 154 flg.). Preuß. Landr. II, 18 §. 51. Code Nap. f. Baden 515a.

1) Es ist unrichtig, den Geschlechtsvormund einen bloßen Rathgeber zu nennen (Eichhorn Einl. §. 326, Kraut II. S. 313); dieß würde nur dann juristisch von Bedeutung sein, wenn zur Gültigkeit einer Handlung der Curandin auch ein mit dieser im Widerspruch stehender Rath genügte. Vielmehr ist überall ein Consens des Vormunds nothwendig. Damit ist aber die Aufgabe des Vormunds noch nicht erschöpft; bisweilen äußert sich seine Thätigkeit nicht sowohl in der Genehmigung, als der formellen Legalisirung einer Handlung.

gewählt, bedarf aber der obrigkeitlichen Bestätigung[2]). Seine Zuziehung ist bei allen processualischen Handlungen und meistentheils auch bei allen sonstigen gerichtlichen Geschäften erforderlich; bei außergerichtlichen Handlungen wird sie regelmäßig nur verlangt, wenn diese die Veräußerung unbeweglicher Güter oder eines ganzen Vermögens betreffen, nicht aber bei letztwilligen Verfügungen mit Ausnahme der Erbverträge[3]). Die Handelsfrauen sind in Bezug auf die ihr Geschäft betreffenden Rechtsgeschäfte von der Geschlechtsvormundschaft befreit[4]). Ein ohne Zuziehung des Geschlechtsvormunds vorgenommenes gerichtliches Rechtsgeschäft ist durchaus nichtig, ein außergerichtliches dagegen nur zum Vortheil der Mündel, obschon sie naturaliter obligirt wird[5]). Die Zustimmung des Vormunds, welcher dabei für omnis diligentia[6]) haftet, kann dem Geschäft vorangehen oder nachfolgen oder mit seiner Vornahme zugleich ertheilt werden. Beide Theile können sich gegenseitig die Vormundschaft einseitig aufkündigen; auch hört das Amt des Geschlechtsvormunds auf mit der Verheirathung der Mündel[7]).

---

2) Kraut II. S. 316. Die Bestätigung eines allgemeinen Vormunds geschieht durch das ordentliche competente Gericht der Mündel, eines Specialvormunds durch das Gericht, vor welchem die einzelne Handlung geschieht.

3) In der Bestimmung der einzelnen Geschäfte, bei welchen eine Mitwirkung des Vormunds erfordert wird, weichen die Gesetzgebungen und Juristen häufig von einander ab. S. Haubold Sächs. R. §. 158 und Kraut a. a. O. S. 296 flg. Selten wird die vormundschaftl. Zustimmung auch bei außergerichtlichen Geschäften über Mobilien und Ehestiftungen erfordert.

4) S. oben §. 157 Note 6.

5) Kraut S. 308—311.

6) A. M. Eichhorn a. a. O. Note d.

7) A. M. Haubold §. 162. Bei Processen zwischen Mann und Frau wird dieser ein besonderer Vormund gegeben. Kraut S. 331.

Wo die Geschlechtsvormundschaft überhaupt noch Statt findet, steht sie über verheirathete Frauen dem Ehemanne zu; dieser ist dann gesetzlicher und allgemeiner Vormund und ist sogar berechtigt, im Namen seiner Frau allein vor Gericht zu handeln[8]). Seine Vormundschaft wirkt da, wo das System der ehelichen Gütereinheit gilt, auch auf das Vermögen der Frau, indem sie durch jene an jeder willkürlichen, die ehelichen Rechte des Mannes beeinträchtigenden Verfügung über ihr Vermögen behindert ist[9]). Diese letztere Wirkung ist als ein im System der Gütereinheit notwendiger Rechtssatz selbst da festgehalten, wo seine ursprüngliche hauptsächliche Veranlassung, die Geschlechtsvormundschaft, aufgehoben worden ist.

3) Vormundschaft über Verschollene[1]).

§. 247.

Ist Jemand verschollen[2]), so können die nächsten Erben desselben, nach einem von der älteren und neueren Gerichts-

---

8) Kraut S. 330; die Frau hat jedoch die Eide selbst zu leisten Sachsensp. I, 47 §. 1.

9) Solche Verfügungen sind Veräußerungen und Contrahiren von Schulden, indem im letzteren Falle wenigstens indirect auch das Vermögen als Executionsmittel angegriffen würde. S. oben §. 231 Note 12. Hierauf allein muß die Wirksamkeit der ehelichen Vormundschaft in Betreff des Frauenguts beschränkt werden, wie dieß Kraut II S. 331—555 bewiesen hat. Die meisten Schriftsteller weichen davon ab, indem sie auch alle sonstigen Rechte des Ehemannes am Vermögen der Frau im Gütereinheitssysteme, oft auch in der Gütergemeinschaft, auf die eheliche Vormundschaft zurückführen, während sie doch allein auf der Herrschaft des Mannes im Hause nach den im §. 230 (und §. 226 Note 3) ausgesprochenen Ideen beruhen.

1) Pfeiffer practische Ausführ. Bd. 2 S. 236 flg. Kraut II. S. 217 flg. Vorzüglich aber Bruns in dem Jahrbuch des gem. deutschen Rechts von Bekker und Muther Bd. 1 S. 90 flg.

2) Dieß wird durch eine gerichtliche Verschollenheitserklärung constatirt, welche von der Todeserklärung wohl zu unterscheiden ist

praxis Deutschlands festgehaltenen und von den Particularrechten vielfach bestätigten Rechtssatze[3]), Einweisung in dessen Vermögen als Vormünder verlangen und haben deshalb den Vormundschaftseid und Caution zu leisten und ein Inventarium zu errichten[4]). Nach manchen Rechten*) wird diesen Vormündern ein Recht auf die während der Vormundschaft gezogenen Früchte beigelegt; in diesem Falle umfaßt das vormundschaftliche Recht auch eine Verfügungsgewalt über das Vermögen des Verschollenen. Wo dieß nicht der Fall ist, werden solche Vormünder wie Curatoren eines Minderjährigen behandelt, und als Stellvertreter des Verschollenen angesehen[5]). Die Vormundschaft wird beendigt durch die Rückkehr des Verschollenen und dessen wirklichen oder präsumtiven Tod;

---

3) Die geschichtliche Entwickelung von Kraut S. 222 flg., nach welcher Abwesende im älteren deutschen Rechte bis zu ihrer Rückkehr für todt gehalten worden seien, ist widerlegt von Bruns a. a. O. S. 133 flg. Die Ausbildung dieser ganzen Anordnung ging in Deutschland von den Sächsischen Juristen, namentlich von Carpzov aus. Bruns S. 140. Diese nehmen übrigens keineswegs an, daß der gegen Caution immittirte Erbe die Früchte nicht herauszugeben brauchte; das Gegentheil kann nur als ein particularrechtlicher Satz angesehen werden, der auf der Auffassung beruhte, daß der Curator gewissermaßen schon jetzt Erbe sei. Bruns S. 164. Unrichtig ist es, wenn Kraut a. a. O. S. 238 jenen Satz als einen gemeinrechtlichen ansieht.

4) Kraut S. 246. Diese Vormünder brauchen die sonst geforderten persönlichen Fähigkeiten nicht zu besitzen. Kraut S. 218 flg.

*) Solche sind angeführt bei Bruns S. 165.

5) Kraut S. 251. Dadurch entscheidet sich die Frage über die Antretung der einem Verschollenen angefallenen Erbschaft durch den Vormund. Cropp in s. u. Heise's jur. Abhandl. 2 Nr. 5, jetzt auch Roth und Meibom Kurhess. Pr.-R. Bd. 1 S. 588 N. 17, dagegen aber richtiger Kraut S. 253 flg. Bruns a. a. O. S. 197 flg. Natürlich ist auch bei dieser Frage von großem practischen Gewichte, ob man den Verschollenen bis zur Todeserklärung als lebend präsumirt, oder nicht.

das Vermögen ist dann an die nach dem Zeitpuncte des letzteren zu bestimmenden Erben herauszugeben[6]).

Neben dieser Vormundschaft kann die schon im Falle der bloßen Abwesenheit bestellte gewöhnliche cura absentis Statt finden, welche in Deutschland häufig nach Analogie der Curatel über Minderjährige behandelt wird[7]).

---

6) Also successio ex nunc. Wie sich dieß mit dem Grundsatze, daß der Verschollene bis zur Todeserklärung nicht als lebend zu präsumiren sei, vereinbaren läßt, zeigt Cropp Abh. Nr. 4 A. A. Bruns, welcher den obigen Satz nur durch die Präsumtion der Lebensfortdauer gewinnen zu können glaubt. Der entscheidende Gesichtspunct ist, daß die Voraussetzungen des Erbrechts nicht bloß nach dem Zeitpuncte der Delation, sondern vorzüglich auch nach dem Momente des Erwerbs zu beurtheilen sind.

7) Das römische Recht giebt diesem curator nur eine custodia bonorum. S. die bei Kraut S. 246 Note 51 angeführten Gesetzgebungen.

Viertes Buch.

Das Erbrecht.

Allgemeines.

§. 248.

Das Erbrecht ist das Recht auf das Vermögen eines Verstorbenen, d. h. auf die Persönlichkeit desselben als Mittelpunct der beim Tode vorhandenen (nicht individuellen) Rechte. Die Anerkennung dieses Begriffs setzt den des Vermögens voraus, d. h. die Auffassung der Gesammtheit der Jemandem zustehenden Rechte als den thatsächlichen Ausdruck seiner Persönlichkeit, bei welcher die natürliche und juristische Mannigfaltigkeit des Inhalts jener Rechte im Einzelnen außer Betrachtung bleibt.

Das deutsche Recht der älteren Zeit[1]) kennt diese Auffassung der Rechte eines Menschen nicht; nach ihm liegt der

1) Majer deutsche Erbfolge sowohl überhaupt als insbes. in Lehen und Stammgüter u. s. w. (1804) nebst 3 Fortsetzungen (1805 — 6). Paulsen de antiqui populor. juris hereditarii nexu cum eorum statu civili. I (1822). Grimm Rechtsalt. S. 466 flg. Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundſ. des Sachsensp. u. s. w. (1828). Eichhorn Rechtsgesch. §. 62a. 65. 66. 202. 203. 373. 374 flg. 454 flg. 569. 571. S. auch Pauli Abhandl. aus d. Lüb. R. Bd. 3 (1841). Das ältere Recht wird auch besprochen bei Trummer das Hamburgische Erbrecht, ein historisch-dogmatischer Versuch. 2 Bde. 1852. Ferner bei Siegel das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters in seinem inneren Zusammenhange dargestellt. 1853.

Zusammenhang der gesammten Vermögensrechte eines Menschen nicht in der Vorstellung ihrer Einheit mit der sie erzeugenden Persönlichkeit, sondern in der Zufälligkeit ihrer äußeren Vereinigung in der Hand eines Einzelnen. Deshalb zerfällt auch nach ihm jener Zusammenhang sofort, wenn sich die physische Macht auflöst, die ihn begründet hat; es bleibt dann kein Vermögen, keine Erbschaft, sondern eine Summe einzelner Sachen übrig, deren Vereinigung das Ende der sie verbindenden Kraft nicht überdauert. Daher kennt das ältere deutsche Recht kein Erbrecht im obigen Sinne (Universalsuccession), sondern nur eine durch den Tod vermittelte Berechtigung auf die einzelnen Gegenstände des Nachlasses.

Diese Eigenthümlichkeit beruht nicht auf einem besonderen erbrechtlichen Principe des deutschen Rechts im Mittelalter, sondern darauf, daß es die factische und rechtliche Individualität der Gegenstände nicht überwindet und in einer begrifflichen Einheit aufgehen läßt. Es hängt dieß mit dem Umstande zusammen, daß das ältere deutsche Recht als den wesentlichsten Theil des Vermögens der Menschen das Grundeigenthum voraussetzt; erst dann, wenn daneben auch Forderungsrechte als gleichberechtigter Vermögensbestandtheil anerkannt werden, drängt sich von selbst die Verschmelzung des Nachlasses zu jener Einheit auf, welche in dem Begriffe der Persönlichkeit ihren Mittelpunct findet[2]).

---

2) Freilich wirkten in Deutschland jener Verschmelzung des gesammten Nachlasses zu einer juristischen Einheit noch mancherlei andere Umstände entgegen, namentlich die besondere Natur der Rechte an Grundstücken, und zwar nicht bloß ihre Stamm- und Hofgutseigenschaft, sondern ihre gesammte Eigenthümlichkeit. Um ihren Besitz reiht sich jenes wunderbare Netz tief eingreifender Ideen, welche ihren Gehalt bald aus der Stärke der blutsverwandtschaftlichen Einheit, wie sie sich in der Ge-

So zerfällt der Mobiliarnachlaß in die Gerade, welche der nächsten weiblichen Verwandten (Niftel[3])), das Heer=

meinschaft des Grundbesitzes versinnlicht, bald aus dem inneren Zusammenhange der Schutzpflicht wehrloser Familienglieder mit der Herrschaft über das stammväterliche Erbe nehmen; wir fühlen sie überall als die unsichtbaren Motive der verschiedensten Rechtssätze in ihrer still wirkenden, aber weit ausgedehnten Triebkraft; wir sehen sie nicht so häufig in voller Evidenz als Inhalt eines klaren und fertigen Instituts dargestellt, als in leisen Modificationen der verschiedensten Institute angedeutet; sie treten in einem Zeitraume bestimmt und gebieterisch hervor, in einem anderen sinken sie herab zu Neigungen, die sich nur als Motive der Rechtsgeschäfte darstellen. So ist auch im Erbrecht das Grundvermögen, das ja technisch Erbe genannt wird, von besonderer Bedeutung; in dem Rechte der nächsten Erben bei Veräußerungen desselben ist schon ein bestimmtes Anrecht der Blutsfreunde bei Lebzeiten des Erblassers, wenigstens eine schon vor dem Erbfalle bestehende Verbindung ausgesprochen, welche mit dem Tode des Erblassers gewissermaßen nur consolidirt (le mort saisit le vif); damit ist dann von selbst der Gegensatz gegen die fahrende Habe gegeben, welche wiederum schon von selbst nach factischen Verhältnissen getheilt ist. — Man kann sagen, daß in der Aufnahme der römischen Universalsuccession ein nothwendiger Fortschritt liege, sofern man dabei die treibende Kraft der in einem juristischen Gedanken liegenden Consequenz im Auge hat. Ob dieser Fortschritt dagegen ein durchweg glückbringender sei, möchte zu bezweifeln sein; namentlich wäre es sehr zu bedauern, wenn in denjenigen socialen Sphären, in denen noch immer die Individualität der Grundeigenthumsverhältnisse der vollen Anwendung der römischen Idee theilweise im Wege steht, beim Adel (Stamm= und Familienfideicommißgüter) und beim Bauernstande (untheilbares Hofgut), durch Abflachung und Auflösung jener für den Volkswohlstand so wesentlichen dinglichen Besonderheiten der vollen Wirksamkeit der Universalsuccession der Weg geebnet werden sollte. Einen Versuch, die letztere mit den Colonatsverhältnissen unbeschadet ihrer Eigenthümlichkeit zu vereinbaren, habe ich gemacht im §. 253 flg.

3) Daß die Gerade schon bei Lebzeiten des Mannes Eigenthum der Frau gewesen, wie Kraut Vormundsch. II. S. 355 (s. auch Gaupp germanistische Abhandl. 1853 S. 62 flg.) behauptet, halte ich nicht für erwiesen; sie scheint vielmehr Gegenstand eines nothwendigen Erbrechts in der Art gewesen zu sein, wie die Liegenschaften für die Blutsfreunde. Es gab eine zwiefache Gerade: 1) diejenige, welche die Ehefrau aus

geräthe, welches dem nächsten männlichen Verwandten (Schwertmagen[4])), und das Mußtheil, welches der überleben=

---

dem Nachlasse ihres Mannes erhält, s. oben §. 226 Note 9—11; 2) diejenige, welche allgemein aus dem Nachlasse eines Weibes oder Ehemannes dessen nächste weibliche Verwandte (Niftel) zu fordern hat, ein eigentliches Cognatenrecht. Sachsensp. I, 27 §. 1 und III, 15 §. 4. Sybow a. a. O. Note 524 flg. und 807 flg. Was zur Gerade gehört, wird von den Rechtsquellen ausführlich aufgezählt, vgl. Sachsensp. I, 24 §. 3: So nimt sie allez, daz zu der gerade horet; daz sint alle schaf und gense und kasten mit ufgehabeten liden, alle garn, bette, phule, küssene, linlachen, tischlachen, twelen, badelachen, beckene, luchtere, lin und alle wibliche kleidere, vingerlin, armgolt, schapil, saltere und alle buche, die zu gotis dinste horen, die vrowen phlegen zu lesene, sidelen, laden, tepte, umbehange, ruchelachen und al gebende. Dis ist, daz zu vrowen gerade gehort. Noch ist mangerhande kleinote, al en nenne ich ez sunderliche nicht, als bursten, scheren, spiegele, nizkemme. Al lachen, ungeschroten zu vrowen cleidern, und golt und silber, ungeworcht, daz en horet den vrowen nicht. Swaz so boben daz benamete ding ist, daz gehoret allez zu deme erbe. Sächs. Weichb. (Cod. Palat.) 25. Glosse z. Sächs. Lehnr. 50. Es sind lauter Gegenstände mit einer unmittelbaren Beziehung zur weiblichen Individualität. Das Institut der Gerade ist in neuerer Zeit fast allgemein aufgehoben.

4) Das Recht auf das Heergewette ist ein ausschließliches Recht der ritterbürtigen männlichen Verwandten, welche nach der gewöhnlichen deutschen Successionsordnung dazu berufen werden; es wird immer aus dem Nachlasse eines Ritterbürtigen gegeben. Sachsensp. I, 27 §. 2. III, 15 §. 4. L. Angl. et Werinor. 6, 5. Was zum Heergeräthe gehöre, bestimmen die verschiedenen Statuten oft sehr weitläufig; statt aller der Sachsensp. I, 22 §. 4: So sal die vrowe zu herwete ires mannes gebn ein swert und daz beste ors oder pfert gesatelt und daz beste harnasch, daz her hatte zu eines mannes libe, do he starb, binnen sinen geweren, dar nach sal sie gebn einen herphule, daz ist ein bette und ein kussen und ein linlachen und ein tischlachen, zwei beckene und twelen: diz ist ein gemeine herwete zu gebene, und recht; al seczen die lute da manger hande ding zu, daz dar zu nicht en horen. Sybow Note 458 flg. Auch dieses Institut ist heutzutage allgemein aufgehoben. — Man konnte auch von einer besonderen Succession in den Schöffenstuhl und das Wehrgeld des Erb=

den Frau[5]) zur Hälfte zufällt; das übrige Gut (im Nachlasse der Frau die Liegenschaften, da die fahrende Habe dem Manne gebührt) bildet das s. g. Erbe[6]) und gehört dem nächsten Blutsverwandten (Sippe[7])), wobei jedoch die Schwertmagen wenigstens in Betreff des unbeweglichen Erbes einen entschiedenen Vorzug vor den Spillmagen hatten[8]). Zu diesem Gute, welches den gesippten Freunden anfällt, gehören auch die Forderungsrechte des Erblassers[9]); für die Schulden desselben haftet dagegen der Erbe nicht allgemein und jedenfalls nur bis zum Belang der nachgelassenen fahrenden Habe[10]).

---

lassers reden. Sachsensp. III, 26 §. 3 (vgl. das. III, 81 §. 1) und II, 14 §. 1.

5) Sachsensp. I, 22 §. 8: Dar nach muz die vrowe gein den erben musteilen alle houbete spise, die nach dem drizigsten uberblibt in iclichem hove ires mannes, oder wo her sie hatte binnen sinen geweren. S. auch das. I, 24 §. 2.

6) Sachsensp. I, 27 §. 1 und 2. (Vgl. das. I, 6 §. 1.)

7) Sybow a. a. O. §. 9. Sachsensp. I, 3 §. 2. — Einen wichtigen Beweis für die im Text gegebene Darstellung liefert auch das (besonders im Friesischen) particularrechtlich bisweilen vorkommende s. g. Fallrecht (jus recadentiae oder revolutionis), wonach der Nachlaß eines ohne Descendenten Verstorbenen in diejenigen Vermögensgegenstände getheilt wurde, welche von väterlicher, und diejenigen, welche von mütterlicher Seite stammten; erstere fielen dann auf die väterlichen, letztere auf die mütterlichen Verwandten. Kl. Kaiserrecht II, 95 (s. die Citate von Endemann zu dieser Stelle).

8) S. §. 251 Note 5.

9) Sachsensp. I, 6 §. 4: Man sal auch den erben gelden, daz man deme toden schuldig was.

10) Sachsensp. I, 6 §. 2: Swer so daz erbe nimt, der sal durch recht di schult gelden also verne, so daz erbe geweret an varnder habe. Dube noch roub noch topelspil en ist her phlichtig zu geldene, noch nicheine schult, wen der her widerstatunge empfieng oder burge was worden. Das ältere deutsche Recht betrachtet die Schuld des Erblassers als eine nothwendige Verminderung der Erbschaft, nicht als eine persönliche Verpflichtung des Erben, sondern als eine auf dem Nachlaß ruhende Last. Diese konnte aber bei der Unver-

— Alle diese Berechtigungen waren die unmittelbaren Wirkungen des Todes des Erblassers; mit diesem traten sie sofort ein, ohne Vermittlung einer besondern Erwerbshandlung („der Todte erbt den Lebendigen" [11]). Auch konnten sie den Blutsfreunden durch keine einseitige Verfügung des Erblassers auf den Todesfall entzogen werden, da es weder Te-

---

äußerlichkeit des Erbguts nur die fahrende Habe (mit Ausnahme der Gerade und des Heergewettes) treffen. Andere mittelalterlichen Rechte erweitern die Haftungspflicht des Erben, bis zu der Bestimmung des Kl. Kaiserr. II, 49, welche in das römische Recht übergeht. Vergl. Sydow S. 330 flg. S. jetzt auch Siegel Erbrecht S. 177 flg. Namentlich geschah dieß in den Städten. Goslar. Stat. (Göschen) S. 6 u. 7. Pauli a. a. O. S. 146 flg. Am längsten hat sich der Satz, daß der Erbe nicht über den Betrag der Erbschaft haftet, in Sachsen erhalten. Haubold Sächs. R. §. 348. — Stobbe (Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Bd. 5 S. 312 flg.) will in obigem Satze nur eine Singularität des Sachsenspiegels erkennen und seinen (schon vom Richtsteig Landr. 10, 3) anerkannten Zusammenhang mit dem Stammgutsprincip verneinen, weil nicht alle Rechte diese Consequenz gezogen hätten, und bei echter Noth die Veräußerung der Immobilien auch ohne Erbenconsens zulässig gewesen sei. Echte Noth entschuldigte zwar allerdings den Schuldner selbst, wenn er ohne Zustimmung der Erben veräußerte, aber daraus folgt nicht nothwendig, daß auch die Erben zur Preisgebung des Erbguts genöthigt waren.

11) Dieser Rechtssatz (im französischen Rechte lautet er charakteristisch: le mort saisit le vif) geht zunächst hervor aus Sachsensp. III, 83 §. 1: Was man einem manne g i b t, das soll er drei tage besiczen, was er aber mit klage erfordert, oder u f f e i n g e e r b e t w i r t, das darf er nicht besiczen. S. auch Sachsensp. I, 33 und Sächs. Lehnr. 6 (und das Bild dazu, auf dem der Sohn dem sterbenden Vater die Aehren aus der Hand zieht); über diese Stelle selbst s. Gerber in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11 S. 19. Was erwirbt nun der Erbe mit dem Tode? Manche behaupten: den Besitz; nicht bestimmt sagen Andere: das Erbrecht. Er erwirbt das gesammte R e c h t, welches der Erblasser an dem vererbten Gegenstande hatte und nun auf den Erben in gleicher Weise überträgt; der Erbe erhält die Befugniß, sich des Guts zu unterwinden und zwar mit derselben causa, auf welcher das Recht des Erblassers beruhte. S. über die Begründung des Satzes noch Phillips in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. 7 Nr. 1. Reyscher Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 5

stamente noch Erbverträge gab[12]), und selbst eine Disposition, welche noch auf dem Siechbette vorgenommen wurde, zu Gunsten der Familie ungültig war[13]); denn in der ursprünglichen Anschauung des deutschen Volks war es nicht der menschliche Wille an sich, die geistige Potenz, welcher Achtung und Anerkennung gebührte, sondern nur insoweit und so lange er auf der Thatkraft eines physischen Trägers ruhte. Man dachte sich, daß die Herrschaft über die Güter in demselben Verhältniß den Erben zugeströmt wäre, in welchem sie dem Erblasser bei sinkender Kraft entfloh, bis der eintretende Tod die Strömung vollendete.

§. 249.

Nachdem die Idee der Universalsuccession des römischen Rechts in Deutschland eingedrungen war, verschwand jene Unterscheidung des Nachlasses nach der natürlichen Verschiedenheit seiner Gegenstände; es verlor sich allmälig das besondere Recht auf Gerade, Heergeräthe und Mußtheil, auf Liegenschaften und fahrende Habe. Mit der Herrschaft des Gedankens, daß die Gesammtheit der von einem Verstorbenen hinterlassenen Güter juristisch nur in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Erblassers hervortrete, d. h. als Vermögen, mußte das alte Erbsystem in seinem innersten Kern durchbrochen werden; es konnte fortan nur in Einzelheiten erhalten bleiben[1]).

S. 205 (dessen grammatische Erklärung aber unrichtig ist). Renaud Zeitschr. für Rechtswissensch. und Gesetzgeb. des Auslands v. Mitterm., Mohl u. Warnk. Bd. 19 S. 99 flg. 279 flg. S. 375 flg. (dessen sachlicher Erklärung aber nicht beigestimmt werden kann).

12) S. unten §. 256.

13) S. §. 35 Note 2.

1) Jedoch hat sich die ältere Anschauung des Erbrechts noch immer auch im Ganzen wirksam erhalten in einigen Seiten der Stamm- und bäuerlichen Gutsverhältnisse.

Nur in zwei Fällen kann diese Betrachtungsweise auch heute nicht vollständig angewandt werden, wenn nämlich die Hinterlassenschaft Jemandes Lehn- oder Familienfideicommißgüter enthält; diese sondern sich von der eigentlichen Erbschaft und fallen den durch die successio ex pacto et providentia majorum Berufenen zu. Dieß ist gar keine Succession in den Nachlaß des letztverstorbenen Inhabers, auch keine Singularsuccession; es ist ein Erbrecht gegenüber dem Stifter oder ersten Inhaber, dessen Persönlichkeit, soweit sie sich in diesem äußerlich bestimmten Vermögenstheile substantiirt hat, von allen berufenen Nachfolgern in der Art aufgenommen wird, daß sie jedem neuen Berechtigten wieder in ihrer Ursprünglichkeit entgegentritt, weil sie sich nach ihrer Bestimmung niemals in der Persönlichkeit des Inhabers auflöst, der sie zeitweilig unterworfen ist [2]).

Es ist daher das allgemeine Erbrecht dem successiven Erbrechte entgegenzusetzen.

Erstes Capitel.

Das allgemeine Erbrecht.

I. Gesetzliche Erbfolge.

A. Erbfolge der Blutsverwandten.

1) Erbfolgerecht.

§. 250.

Welche Verwandte heutzutage zur Erbfolge gerufen werden können, bestimmt das neuste römische Recht; dadurch wird auch das Erbrecht der Adoptirten und Legitimirten und

---

2) Die Begründung dieser Auffassung s. im §. 266.

der unehelichen [1]) Kinder entschieden, welchen das ältere deutsche Recht die Erbfähigkeit versagte. Das Erforderniß der Ebenbürtigkeit [2]) ist ebenso als das der körperlichen Gesundheit und Wohlgestalt [3]) aus dem heutigen Rechte verschwunden; auch wird die Erbfähigkeit heutzutage nur noch particularrechtlich auf gewisse Grade der Verwandtschaft beschränkt [4]).

---

1) Uneheliche Kinder entbehrten der Familienverbindung, Sippschaft, welche die Voraussetzung des Erbrechts war, Sachsensp. I, 51 §. 1 (dazu die Glosse). Schwabensp. (Laßberg) 41. Verm. Sachsensp. (Ortloff) 1. 5, 6 und 16. 1, 2. Sydow Erbrecht S. 46 flg. Pauli a. a. O. S. 11 flg. (Haubold Sächs. R. §. 308). Legitimation kennt der Sachsenspiegel nicht (s. die merkwürdige Glosse zum Sachsensp. I. 44 in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 4 S. 287 Note 1), wohl aber der Schwabenspiegel (Laßb.) 47 und 377, der ihre Wirkung in der letzten Stelle wenigstens nach geistlichem Rechte anerkennt. Erst im Laufe des 15. und 16. Jahrhunderts ist die vom römischen Rechte den Legitimirten gewährte Successionsfähigkeit im gemeinen Landrechte entschieden anerkannt worden. S. z. B. Wilda in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 4 S. 287 flg. Eichhorn Rechtsgesch. §. 449.

2) Sachsensp. I, 17 §. 1: Swer so deme anderen evenbordich nicht is, de ne mach sin erve nicht nemen. Göhrum d. Lehre v. d. Ebenbürtigkeit I. S. 348 flg.

3) Sachsensp. I, 4: Uffe altvile unde uffe twerge erstirbit weder len noch erbe, noch uppe krupel kint. Swer denne die erben sint und ir nesten mage, die suln sie halden in irre phlage. Wirt auch ein kint geborn stum oder handelos oder vuzelos oder blint, daz is wol erbe zu landrechte, und nicht zu len erbe. Hat her aber len entphangen, e her worde alsus, daz verluset her nicht hie mete. Der miselsiche man entphet weder len noch erbe. Hat erz aber entphangen e der suche, her behelt ez und erbet ez als ein ander man.

4) Nach dem Sachsenspiegel I, 3 §. 3 endet die Sippe in der siebenten Generation jeder der sieben ersten Parentelen; in den germanischen Volksrechten (L. Ripuar. 56, 3. L. Sal. 46 (47) §. 10. 11) schon in der fünften und sechsten, in den übrigen ebenfalls in der siebenten Generation. Ueber die Verbindung dieser Beschränkungen mit den canonischen Eheverboten s. Laspeyres Diss. canon. computationis et

Nur von der Erbfolge in ein Vermögen, welches den Charakter des adeligen Stammgutes (§. 82, 2) hat, werden nach der auf dem alten deutschen Rechte beharrenden s. g. Autonomie des hohen Adels, und nach Gewohnheitsrechten hie und da auch beim niedern Adel die Adoptirten und die durch Rescript Legitimirten allgemein, die durch nachfolgende Ehe Legitimirten und in einer Mißheirath Erzeugten wenigstens beim hohen Adel, ausgeschlossen[5]).

2) Erbfolgeordnung.

§. 251.

Die Reihenfolge der successionsberechtigten Verwandten wird in den deutschen Rechtsquellen keineswegs gleichmäßig bestimmt[1]). Nach dem Sächsischen Landrechte[2]) werden zu-

---

nuptiarum propter sanguinis propinq. ab eccles. christ. prohibitar. sistens histor. (1824). Sydow S. 129 flg. Aber Walter Kirchenr. §. 309. Neuere Particularrechte: Reyscher Würtemb. R. §. 640. Sachse Sächs. R. §. 445. — Ueber die geringen Spuren eines Vorzugs des Erstgeborenen im Mittelalter s. Schulze das Recht der Erstgeburt 1851. S. 199 flg.

5) Den Nachweis s. unten §. 268 u. 274.

1) Wasserschleben das Princip der Successionsordnung nach deutschem insbesondere sächsischem Rechte 1860.

2) Sachsensp. I, 17 §. 1: Stirbt der man ane kint, sin vater nimt sin erbe; en hat er des vater nich, ez nimt die muter mit mereme rechte den sin bruder. (Unter „Vater" und „Mutter" sind hier alle Ascendenten gemeint.) Vater und muter, swester und bruder erbe nimt der sun, und nicht die tochter, ez en si, daz da chein son sie, so nimt iz di tochter. Swenne aber ein erbe sich verschwestert oder verbrudert, alle die sich gliche nah zu der sibbe gestozen mugen, die nemen gliche teil dar an, ez si man oder wib; disse heissen die sachsen ganerben. Doch nimt sones und tochter kint erbe vor den vater und muter und vor bruder und swester, durch daz ez get nicht uz den busem, diwile die ebenbürtige buseme dar ist. Swer so deme andern ebenburtig nicht en ist, der en mag sin

nächst die Descendenten (der Busen[3])), dann die Ascendenten, und endlich die Geschwister und die übrigen Seitenverwandten (Ganerben, Magen) gerufen. Unter den letzteren entscheidet die Gradesnähe, und zwar, wie es scheint, zu ihrem mit dem Erblasser gemeinschaftlichen Stammvater (Nähe der Sippe[4])); gleich Nahe erben zu gleichen Theilen[5]). Halbbürtige Ge-

---

erbe nicht genemen. I, 3 §. 3 am Ende: Die zwischen dem nagele und dem houbete sich zu der sibbe gestozen mugen an glicher stat, die nemen daz erbe gliche; der sich naher zu der sibbe gestozen mag, der nymt daz erbe zu voren. Jedoch macht der Umstand, ob ein Erbberechtigter schon abgeschichtet ist oder nicht, einen Unterschied. Sachsensp. II, 20 §. 1. Sydow S. 87 flg. Ebenso ist es von Einfluß, ob Jemand aus der gemeinsamen Were heraustritt oder nicht; s. Pauli Abh. aus d. Lübischen Rechte Bd. 3 S. 90 flg. — Ueber die Stelle Ed. Roth. 153, welche sich nur auf die Verwandtschaftsberechnung bezieht, vgl. Wasserschleben S. 4 flg.

3) Und zwar mit dem Repräsentationsrechte der Enkel. Sachsensp. I, 5 §. 1. Dieß Repräsentationsrecht wurde später vielfach bezweifelt, bis wiederholte Reichsgesetze dem Schwanken ein Ende machten. S. Reichsabschied von 1498 §. 37 und v. 1521 §. 19. Sydow S. 79 flg. Siegel Erbrecht. S. 52.

4) Wasserschleben S. 14 flg. Es wurde, wie es scheint, im Rechte des Sspls. noch die germanische Verwandtschaftscomputation angewandt, nach welcher nur die Grade zwischen dem Erben und dem gemeinschaftlichen Stammvater gezählt werden; freilich könnte man das „gleich nahe zwischen dem Nagel und dem Haupte" des Sspls. I, 3 §. 3 auch so verstehen, als sollte damit nur eine auf diesen Fall beschränkte Wahrnehmung ausgesprochen sein, wo zufällig alle Verwandte in einem und demselben Haupte ihren Durchgangspunct haben. (Nach dem Sachsenspiegel werden übrigens die Seitenverwandten erst von den Geschwisterkindern an gerechnet, die Geschwister aber noch zum Stamme gezählt, — eine Berechnungsart, welche im Schwabenspiegel c. 3 und in den späteren deutschen Rechtsquellen verlassen wird.) Die germanische Computation der Seitenverwandten wurde jedenfalls sehr bald durch die römische verdrängt. Wasserschleben S. 25 flg.

5) Dieß Princip ist in Betreff der Erbfolge der Geschwisterkinder durch den Reichsabschied v. 1529 Tit. 31 auch für das heutige Recht erhalten worden.

schwister und Seitenverwandte treten um einen Grad hinter den vollbürtigen zurück[6]), und in der Classe der Descendenten giebt das männliche Geschlecht einen Vorzug vor dem weiblichen[7]).

So mancherlei Modificationen nun auch die übrigen deutschen Rechte gegenüber diesen Grundsätzen des Sächsischen Rechts enthalten, so läßt sich doch nirgends als das allgemeine Princip des deutschen Landrechts das s. g. Parentelensystem oder die Lineal-Gradualordnung nachweisen, wonach immer zunächst die Nähe der Parentel (Linie), d. h.

6) Sachsensp. I, 3 §. 3: In des halses lide die kindere, die ane zweiunge von vater und muter geboren sin; ist da zweiunge an, die en mugen an eime lide nicht besten und schricken an ein ander lid. Dieß Princip dehnte die spätere sächs. Praxis auf alle Seitenverwandte aus.

7) Vielfache Zeugnisse beweisen, daß im germanischen Rechte ein entschiedener Vorzug des Mannsstamms vor den Frauen und Cognaten wenigstens in Bezug auf das Grundeigenthum bei der Erbfolge gegolten habe; freilich herrschte schon damals keine Uebereinstimmung über die Gränze dieses Vorzugs, indem die Lex Salica emend. 92, 2. die L. Ripuar 56, 4 und die L. Angior. et Werin. Tit. 6 die Frauen wenigstens in Bezug auf die terra salica oder aviatica gänzlich ausschließen, die L. Saxonum 7, 1. 5, L. Burgund.14. 1, L. Alam. 57 und Leg. Longob. Liutpr. 1, 1 nur den Vorzug der Söhne, nicht des ganzen Mannsstamms, vor den Töchtern aussprechen. Eichhorn Rechtsgesch. §. 65. Reyscher Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 6 S. 266 flg. Im Sachsensp. I, 17 ist der Vorzug des Mannsstamms in den ersten beiden Parentelen anerkannt; im Schwabenspiegel 128 ist nur in Betreff des „ansedel da er (der Vater) ufe saz“ ein Vorzug des Sohns vor der Tochter ausgesprochen; in den späteren Quellen (Glosse zum Sachsensp. I, 17, Goslar. Stat. S. 2 Z. 2, Verm. Sachsensp. I, 6, 1, Kl. Kaiserr. II, 70) werden die Söhne den Töchtern sogar gleich gestellt, was somit unstreitig schon vor Reception des römischen Rechts gemeines Landrecht wurde. Eichhorn Rechtsgesch. §. 373 Anmerk. Beseler Erbvertr. III S. 267 flg. Reyscher a. a. O. S. 277. Ueber die Erhaltung des Vorzugs des Mannsstamms im Adelsrechte s. unten in der Note 11.

der durch den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater Verbundenen, in jeder Parentel aber die Nähe des Grades entscheide*). Erst in diesem Jahrhundert entstand die allgemeine wissenschaftliche Vorstellung, daß dieses System das eigenthümliche Princip der deutschen Erbfolgeordnung enthalte,

*) Das Parentelensystem hatte sich in der neueren germanistischen Literatur nach längerem Schwanken der Ansichten eine ziemlich allgemeine Anerkennung erworben. Majer Germaniens Urverfassung 1798 S. 128 flg. Eichhorn Rechtsgeschichte §. 65. 373. Sydow S. 116 flg. und aus der jüngsten Zeit Bluntschli in der Münchner kritischen Ueberschau I. S. 387 flg. Man freute sich, im germanischen Rechte ein selbstständiges und mit den allgemeinen Ideen desselben leicht in Verbindung zu bringendes Princip gewonnen zu haben. Neuerdings ist nun die Existenz dieses Systems bestritten worden von Siegel in seinem Erbrechte S. 21 und 44 flg., sowie in seiner Dissertation über die germanische Verwandtschaftsberechnung u. s. w. 1853, bis Wasserschleben in seiner oben angeführten Schrift die Unerweislichkeit der Parentelenordnung und das vermuthliche Princip des deutschen Rechts ausgeführt hat. Hiergegen hat sich jetzt wieder Homeyer (die Stellung des Sspls. zur Parentelenordnung, Berlin 1860) von Neuem des Parentelensystems mit Wärme angenommen. Einen wirklichen Beweis für das letztere hat er freilich nicht erbracht; denn die einzuräumende Bemerkung, daß die oben erwähnte Berufungsordnung der Seitenverwandten nicht rationell ist, kann als solcher wohl nicht gelten. Wenn er sich aber auf die Volksansicht beruft, welche die Geschlechtslinien als selbstständige Gemeinschaften ansehe, so sind seine anmuthigen Betrachtungen doch zu unbestimmt, um als positive Unterlage eines bestimmten Rechts zu gelten. Jedenfalls drängt sich ihnen gegenüber die Frage auf, wie es komme, daß eine so tief gehende Volksansicht nicht wenigstens einmal einen wirklich klaren Ausdruck gefunden hat, was man doch bei einem so einfachen und charaktervollen System, das nicht existiren konnte, ohne daß man sich seines Wesens bewußt war, sicher erwarten mußte. Nach meiner Ueberzeugung ist aber auch die Vorstellung der selbstständigen Verwandtschaftsgruppirung nach Linien überhaupt nur in der Sphäre des hohen und übrigen Grundadels zur rechtlichen That geworden. (Gegen Wasserschleben spricht sich, jedoch im Wesentlichen nur unter Wiederholung von Homeyer's Gründen, jetzt auch Rive aus in Bekk. u. M. Jahrb. Bd. 6 S. 197.)

und wohl erst durch diese Ansicht sind einzelne Gesetzgebungen in neuerer Zeit zu seiner theilweisen Einführung bestimmt worden[8]). Nur in Familien des grundbesitzenden Adels, bei denen sich abgezweigte Linien mit eigenem Stammgutsbesitz als selbstständige „Häuser" consolidiren, und mit den anderen Linien durch Erbverbrüderungen, fideicommissarische und lehnrechtliche Eventualrechte verbinden, tritt die Linealordnung häufig als rechtliche Familiengestaltung hervor.

Gemeinrechtlich gilt heutzutage die Successionsordnung des neuesten römischen Intestaterbrechts. Nur ist diese durch statutarische Bestimmungen und Gewohnheitsrecht im Einzelnen nach den Principien des deutschen Rechts bisweilen modificirt worden. Dahin gehört 1) die Bestimmung, daß die Eltern, oft auch die weiteren Ascendenten die Geschwister ausschließen (Schooßfall[9])), 2) daß das s. g. Repräsentationsrecht gar nicht, oder doch beschränkter als im römischen Rechte Statt findet[10]), 3) daß die Halbbürtigen um einen Grad den Vollbürtigen nachstehen, oder wenigstens kleinere Theile als die Letzteren erhalten sollen[11]). 4) Während der Vorzug des Mannsstamms selbst in dem be-

---

8) So das K. Sächs. Mandat v. 31. Januar 1829 (während das Recht der Constitutionen v. 1572 das Parentelensystem entschieden nicht hat), das Weimar. Ges. v. 6. April 1833, das Altenburger v. 6. April 1841, das Gothaische v. 2. Jan. 1844, das Reuß-Greizer v. 22. Jan. 1841 und das Reuß-Schleizer v. 10. Dez. 1853. Wasserschleben S. 117. Das österr. Gesetzb. §. 730 flg. hat ein eigenthümliches Linealsystem, mit Beschränkung der Successionsfähigkeit auf die ersten sechs Linien, und dem Princip der Theilung nach Vater- und Mutterseite.

9) Hamb. Stadtrecht III, 3, 12 (das Lüb. R. II, 2, 13 zieht die Eltern wenigstens den Halbbrüdern vor), Chursächs. Constit. v. 1572. III, 17, Schwarzburg-Sondersh. Successionsordn. v. 1829. II, 2.

10) Haubold Sächs. R. §. 309.

11) Pufendorf observ. jur. univ. II, 193. III, 201. Haubold Sächs. R. §. 310. 311. Königl. Sächs. Mandat v. 31. Jan. 1829 §. 41.

schränkten Umfange, in welchem ihn die Rechtsbücher des Mittelalters anerkennen, schon vor dem Eindringen des römischen Rechts als Regel verschwunden war, hat er sich in Bezug auf die Stammgüter des Adels nicht nur erhalten, sondern sogar an Stärke gewonnen[12]). Ebenso besteht hierbei kraft observanzmäßigen oder durch besondere Dispositionen (in Theilungsverträgen, Fideicommißstiftungen, Erbverbrüderungen) vermittelten Rechts häufig eine Successionsordnung nach Linien, bald mit, bald ohne Vorzug der Gradesnähe in den einzelnen Linien, beim hohen Adel aber meistens mit Vorzug der Erstgeburt.

3) Erwerb der Erbschaft.

a) Ueberhaupt.

§. 252.

Particularrechtlich gilt noch heutzutage der Grundsatz: „der Todte erbt den Lebendigen", so daß also die Erbschaftsdelation und Acquisition zusammenfällt[1]). In den Ländern des Sächsischen Rechts hat sich die Bestimmung des älteren deutschen Rechts erhalten, daß der Erbe sich bis zum Ablauf des dreißigsten Tages nach dem Tode des Erblassers aller thatsächlichen Einmischungen in die Erbschaft enthalten muß,

---

12) S. §. 82, 2. Vgl. dazu auch die Abhandlung: Fragment über das salische und ripuarische Successionssystem im Ritterstande, besonders am Niederrhein (in Kamptz' Jahrbüchern Heft 92) §. 9 flg. — Der Vorzug des Mannsstamms bezieht sich jedoch bisweilen nicht bloß auf das Stammgut, sondern nach besonderem Familienherkommen auch auf das übrige Vermögen, und die Töchter haben gegen den Erben nur das Recht auf standesgemäßen Unterhalt bis zur Verheirathung und auf Aussteuer, welche zugleich als Abfindung gilt.

1) Ueber Hamburg und Lübeck s. Pauli Abhandlung. III. S. 131. Kurköln. Rechtsordn. v. 1663 Tit. 9 §. 1. Pr. Landr. I, 9 §. 367. Oesterr. Gesetzb. Art. 537.

dagegen auch bis dahin gegen alle Klagen der Erbschaftsgläubiger gesichert ist[2]); ebenso auch der Rechtssatz, daß von mehreren Miterben der älteste zu theilen, der jüngste zu wählen hat[3]).

b) Insbesondere bei bäuerlichen Gutsverhältnissen[1]).

§. 253.

Die Untheilbarkeit der Bauergüter, welche nicht bloß für die nach Colonatrecht, sondern häufig auch für die nach freiem Eigenthum besessenen besteht, fordert die Uebertragung derselben nebst ihrem untrennbaren s. g. Allodialvermögen auf einen einzigen Erben. Während dieser bei freien Bauergütern regelmäßig durch die Uebereinkunft der Erben bei der Erbschaftstheilung bestimmt wird, sofern diese keine Civiltheilung mittelst Verkaufs der Hofstätte vorziehen[2]), ist er bei Colonaten schon durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht als s. g. Anerbe berufen, und zwar entweder so, daß dieß Anerbenrecht gegen jede letztwillige Disposition des Besitzers und jede Bestimmung des Gutsherrn, die Fähigkeit des Anerben zur Wirthschaftsführung vorausgesetzt, geschützt ist[3]), oder so, daß es dem Vater, oder dem Gutsherrn, oder bei-

2) Sachsensp. I. 22 §. 1. Sydow Erbr. S. 316. Haubold Sächs. R. §. 346. Heimbach Sächs. R §. 302. Homeyers Vortrag in der Berliner Akademie v. 31. Jul. 1862.

3) Sachsensp. III, 29 §. 2. Sydow S. 319 flg. Haubold a. a. O. §. 355.

1) Wigand Provinzialr. der Fürstenth. Paderborn und Corvey Bd. 1 S. 104 flg., des Fürstenth. Minden u. s. w. Bd. 1 S. 193 flg. Pfeiffer das Meierrecht (1848) S. 205—332.

2) Codex Maximil. Bavar. IV. 7 §. 14.

3) Wigand Paderb. I. S. 115. S. besonders die vielen Belege bei Pfeiffer a. a. O. S. 237 flg. Die früher häufig behauptete und bisweilen unter dem Einflusse des Lehnrechts selbst praktisch gewordene Ansicht, der Anerbe sei durch eine successio ex pacto et prov. major. berufen, ist freilich völlig unrichtig. S. Note 9.

den gemeinschaftlich auch frei steht, sich unter den Successionsberechtigten den Anerben zu wählen, und jene gesetzliche Ordnung erst dann eintritt, wenn sie dieß unterließen[4]). Unter den nach gemeiner Civilerbfolge gerufenen Erben (von denen freilich nach vielen Gesetzen nur die Descendenten des Colonen, oder in Ermangelung solcher nur die von der Hofstätte stammenden Seitenverwandten als successionsberechtigt anerkannt werden[5])), wird der Anerbe entweder nach dem Minorate oder nach dem Majorate bestimmt[6]); dabei haben die Kinder der ersten Ehe einen Vorzug vor den Kindern der zweiten, die Söhne vor den Töchtern[7]), und diese vor den männlichen Seitenverwandten oft nur dann, wenn sie das Gut einem zur Bewirthschaftung fähigen Ehemanne als Colonen übergeben können[8]). In Bezug auf die recht-

4) So in Münster, Paderborn und Calenberg. Calenberg. Meierordnung V. §. 3, 4. Pfeiffer a. a. O. S. 251 und 283 flg.

5) Das ältere Meierrecht beschränkte die Erbfähigkeit auf die Descendenz; allein im Laufe der Zeit wurde sie immer weiter ausgedehnt. S. eine Zusammenstellung der Particularrechte bei Pfeiffer S. 205 flg.

6) Pfeiffer S. 226 flg. Wigand Paderb. I. S. 106 flg. Wedekind Reform des Meierrechts 1. Heft (1861) geht wohl zu weit, wenn er das Minorat nur ein „Paroli des Gutsherrn gegen die Altentheilswünsche des Meiers" nennt; gewiß hat es bei Bauern doch auch seinen guten, in der Natur der Sache liegenden Grund.

7) Osnabr. Eigenthums.-Ordn. IV, 5. Pfeiffer S. 232. 221 flg.

8) Dieser Ehemann wird dann der eigentliche Colon und Reihemann; die ratio liegt in dem Bedürfniß der ununterbrochenen Bewirthschaftung des Guts durch einen tüchtigen Mann. Stirbt der Mann vor der Frau, so fällt das Gut an diese zurück; stirbt die Frau, so erben deren Erben. Manche Rechte geben dem Manne aber weiter gehende eigene Rechte; diese, namentlich die in Betreff des Einbringens desselben in eine zweite Ehe können allerdings nicht mit Wigand Paderb. I, 158 und Minden. I. S. 282 u. 364 als Wirkungen der Gütergemeinschaft aufgefaßt werden, welche die Colonate in der Regel nicht ganz ergreift, oder als Folge des „Längst Leib längst Gut"; es sind singuläre Befugnisse, welche im Interesse des Gutsherrn will-

liche Beurtheilung der Stellung des Anerben sind aber verschiedene Systeme zu unterscheiden*). Nach einem Systeme erhält der Anerbe das ganze Vermögen des verstorbenen oder abtretenden Colonen als Alleinerbe und hat nur die Verpflichtung, seinen Geschwistern aus dem Allode eine Abfindung herauszugeben. Nach einem anderen Systeme erbt er nur das Colonat nebst dem allodium cum villa conjunctum, während für das übrige Vermögen eine Specialsuccession nach den Grundsätzen des gemeinen Civilrechts eröffnet wird. Endlich ist auch die Auffassung zulässig, bei welcher das Recht des Anerben auf das Colonat gar nicht als ein ausschließliches Erbrecht[9]), sondern nur als ein Vorzug bei der schon gesetzlich bestimmten Vertheilungsart eines untrennbaren Theils der Erbschaft betrachtet wird; die Antheile der übrigen Erben liegen hierbei in ihrer vom Anerben zu leistenden Abfindung[10]); in Bezug auf das sonstige Vermögen des Gutsinhabers außer dem Colonate und seinem untrennbaren Allode findet sodann eine Concurrenz aller Erben, auch des An-

---

kürlich angeordnet sind. S. Pfeiffer S. 290 flg., der sich freilich vergebens um Auffindung eines eigentlichen Rechtsgrunds bemüht.

*) S. über die verschiedenen Systeme Wedekind a. a. O. S. 30 flg.

9) Daß diese Auffassung keine unhistorische sei, kann nicht bezweifelt werden. Das ältere Recht wollte nur dieß; der Anerbe soll das Gut allein bekommen, — in welcher Form dieß zu erreichen sei, ist dagegen noch jetzt eine häufig offene Frage für die Wissenschaft. Es finden sich aber sogar alte positive Zeugnisse für die obige Construction, z. B. ein Weisthum von 1526 (Wigand Paderb. I, 128): „dar Kinder ader Erven van einem Hovesgute unvertegen weren, de mogen dat gut nicht splettern oder erffteilen, — — sondern mogen dat versetten und Penynge up nemen, und ehren Erffdeil affwiligen." Daher ist es unrichtig, wenn Runde Interimswirthschaft §. 65, Meyer Lipp. Colonatr. (1855) 1. S. 369 u. A. nur die Construction für zulässig erklären, welche den Anerben zum alleinigen Erben macht.

10) S. Note 12.

erben, nach den Grundsätzen der gewöhnlichen Civilerbfolge statt[11]).

Die Abfindung (Brautschatz, Auslobung) wird bald (je nach der Verschiedenheit der Rechte) nach dem Maßstabe der Größe des Allods, bald nach dem Maßstabe des Gutswerths (in diesem Falle unter Theilnahme des Gutsherrn) bestimmt, wie er sich bei mäßiger Schätzung nach Abzug der darauf haftenden Schulden herausstellt[12]); jedoch darf sie nicht so hoch steigen, daß ihre Auszahlung das fernere Bestehen der Gutswirthschaft unmöglich machen würde[13]). Auch wird außerdem der Anerbe durch Gestattung terminweiser Stückzahlung begünstigt. Die Abfindung, für welche das Gut verpfändet ist[14]), kann jedoch nicht sofort beim Tode der Eltern, sondern von den Töchtern erst bei ihrer Verheirathung, und von den Söhnen erst bei der Anlegung eines selbstständigen Haushalts gefordert werden[15]); bis zu dieser Zeit haben die

11) Pfeiffer S. 326 flg.

12) Die Frage, ob die Abfindung eine Abfindung vom Meierhofe oder vom freien trennbaren Allode sei, muß je nach der Verschiedenheit des Systems verschieden beantwortet werden. Das Erstere muß angenommen werden, wenn man davon ausgeht, daß die Auslobung den Erbtheil der Meierkinder am Colonat bildet. Die entgegengesetzte Ansicht (welche in den meisten Gesetzgebungen sanctionirt ist) beruht auf dem System, wonach die Anerben als alleinige Erben gelten, und den Geschwistern nur Einiges vom Allod zu verabreichen haben. S. Pfeiffer a. a. O. S. 252 flg. 264 flg. Busch Beitr. z. Meierr. in Hildesheim 1855 S. 121 flg. Mißverständniße können hierbei dadurch entstehen, daß man die Möglichkeit einer Abfindung aus dem Allod, welche die Stelle der Erbtheilung bei diesem vertreten soll, übersieht; es ist sehr gut denkbar, daß auch das freie Allod vom Anerben gegen Abfindung allein übernommen werde, welche dann natürlich einen andern Charakter hat. Nur auf diese beziehen sich Bülow und Hagemann Erört. III. Nr. 16. Richtig unterschieden wird das. Bd. VII, 57.

13) Wigand Paderb. I, 133.

14) Wigand a. a. O. S. 139.

15) Wigand S. 140. Pfeiffer S. 269 flg.

Geschwister das Recht, auf der Hofstätte zu bleiben und unterhalten zu werden. Stirbt ein Auszulobender vor eintretender Fälligkeit der Abfindung, so bleibt diese als Gewinn beim Hofe zurück[16]). Abgefundene Kinder sind von der späteren etwa ihnen deferirten Succession in das Bauergut nicht ausgeschlossen, sofern dieß nicht particularrechtlich ausdrücklich bestimmt wird[17]).

§. 254.

Die Wirkungen der Gutsübernahme durch den Anerben, wie sie in der Regel bei dem Antritte der Erbschaft des Colonen entstehen, können auch anticipirt werden[1]); der Besitzer

---

16) Pfeiffer S. 272.

17) Z. B. die Osnabr. Eigenth.-Ordn. IV, 6. Die richtige, schon aus allgemeinen Grundsätzen hervorgehende Ansicht s. bei Pfeiffer S. 277. Denn bei der Abfindung handelte es sich ja um die Erbschaft des Vaters; die später deferirte Erbschaft ist dagegen die des Bruders.

1) Das Abtreten eines alten oder gebrechlichen Bauers von seinem Gute unter Vorbehalt oder ausdrücklicher Bestellung einer Leibzucht ist ein im Bauernstande sehr häufiges und in ganz Deutschland gebräuchliches Geschäft; aber seine Formen und die mit der Verschiedenheit derselben zusammenhängenden Rechtswirkungen sind sehr mannigfaltig (s. §. 191). Hier ist nur von der einen Form der erfrühten Erbfolge die Rede, welche nicht einmal bei Colonatgütern die alleinige ist, sich aber anderseits nicht auf Colonatgüter beschränkt. Von dieser handelt namentlich (jedoch nicht ausschließlich) das Werk von Ch. L. Runde die Rechtslehre von der Leibzucht und dem Altentheil auf deutschen Bauerngütern. 2 Thle. 1805 (vgl. dazu Runde in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 7 S. 1 flg.) und Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. 4 S. 119 flg. Vgl. bes. auch Wigand Paderb. Provicialr. Bd. 1 S. 187 flg. Preuß die Leibzucht, eine civ. Studie 1862. Die Altentheilsbestellung in anderen Rechtsformen behandelt Hänsel die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht (1834) und W. H. Puchta über die rechtliche Natur der Gutsabtretung überhaupt und mit Altentheilsbestellung besonders (1837), in welcher Schrift die allerdings mögliche Form des Kaufgeschäfts irrthümlich als die stets nothwendige betrachtet wird. — Die Möglichkeit des Begriffs „eines erfrühten Erb-

des Colonats kann dieß schon während seines Lebens dem Anerben übergeben und ihn in Betreff der Gutsübernahme schon jetzt in die Lage setzen, welche sonst nur eine Folge des Erbschaftserwerbs ist. Insofern ein solches Rechtsgeschäft die rechtlichen Wirkungen des erbschaftlichen Gutserwerbs künstlich anticipirt, enthält es eine erfrühte Realisirung des Anerbenrechts (s. g. successio anticipata[2])). Das Geschäft ist nicht bloß eine Eigenthumsübergabe, weil zugleich eine Reihe von Verbindlichkeiten übertragen wird; der Gegenstand desselben ist aber auch kein Erbrecht, denn nicht ein Vermögen, sondern nur einzelne Sachen werden abgetreten; in diesem bestimmten Falle ist es auch keine Schenkung, weil die Absicht der Bereicherung nicht das hauptsächliche Motiv ist[3]), noch weniger ein Kauf; es ist die

---

schaftsantritts in seiner Beschränkung auf das Gut" als einer der denkbaren Form der Gutsabtretung mit Altentheil soll im Texte erwiesen werden; nicht scharf genug bezeichnet Runde dieses Princip, indem er von einer anticipirten Erbfolge spricht, womit die ganz unhaltbare Idee einer erfrühten Universalsuccession verbunden ist, gegen die er selbst ankämpft. Nur gegen diese schiefe Auffassung ist die Polemik Beseler's Erbverträge III. S. 204 gerichtet. Noch unhaltbarer ist die Auffassung bei Pfeiffer, der immer die ganz auszuschließende Idee des Erbvertrags einmischt.

2) Die Geschichte des Rechtsgeschäfts ist auf die Beurtheilung seines heutigen Rechtscharakters von keinem wesentlichen Einflusse; denn mag es nun, wie Runde und Eichhorn Einl. §. 365 annehmen, ein Rest der alten Vergabungen von Todes wegen oder, was Wigand behauptet, die alte „Ausstattung" oder „Berabung" der Kinder sein, so kann man doch heutzutage nicht umhin, die in jenen Gesammtgeschäften liegenden verschiedenen Möglichkeiten nach dem heutigen Rechte zu analysiren und zu sondern. Das von Runde a. a. O. 2. Th. S. 294 als gesetzliche Begründung der successio anticipata Angeführte genügt allerdings, um wenigstens das Vorhandensein dieser Idee selbst in den Gesetzen zu beweisen.

3) Hierher passen die Gründe, die Savigny System des h. röm.

Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte — Tradition, Cession, Delegation, Versprechen — zu einem gemeinschaftlichen Acte, der in seiner Einheit einen neuen Rechtscharakter durch die Absicht erhält, welcher er dienen soll, nämlich die Erfrühung der Wirkungen des erbschaftlichen Gutsantritts. Mithin unterliegt das Geschäft einer doppelten Betrachtungsweise, einmal als Ganzes und dann in seinen einzelnen Theilen; nur jene erstere ist hier von Interesse.

Die Voraussetzung dieser Auffassung des Geschäfts ist die Absicht des Abtretenden, im Bewußtsein seiner Altersschwäche schon jetzt vom Colonate zu scheiden und dem gesetzlichen Nachfolger im Interesse der Gutswirthschaft und im Bedürfniß der Ruhe freiwillig den Platz zu eröffnen[4]). Mit dieser Bedeutung kann das Geschäft auch bei freien Bauergütern vorkommen. Seine Wirkung ist die, daß der Anerbe nur das ihm übergebene Gut nebst den darauf lastenden hypothekarischen Schulden übernimmt[5]), von dem sonstigen Ver-

Rechts IV S. 81 flg. zur Beurtheilung analoger Verhältnisse geltend macht.

4) Diese Absicht muß wirklich nachgewiesen werden. Ueber die Kriterien, welche bei dieser Untersuchung hülfreich sind, s. Runde Leibzucht II §. 8. Es muß die Absicht sein, die rechtlichen Wirkungen des Todes künstlich zu anticipiren, weil diejenige Lebenskraft geschwunden ist, welche das Bedürfniß der Gutswirthschaft fordert; da das Recht den Erbschaftsantritt erst an den wirklichen Tod anknüpft, so soll er durch ein Rechtsgeschäft schon dann herbeigeführt werden, wenn ein in Betreff der Verwaltung des Guts dem Tode gleichstehender Zustand eintritt. Am deutlichsten wird dieser Gesichtspunct da, wo der erfrühte Antritt des Anerben im angegebenen Falle schon durch das Gesetz herbeigeführt wird; Runde Leibz. S. 305. Andere Motive, z. B. die Absicht, durch Herausgabe eines Theils des Vermögens das übrigbleibende zum Einbringen in eine zweite Ehe frei zu bekommen, führen nicht zum anticipirten Erbschaftsantritt.

5) Ueber die Bedeutung eines „Vorbehalts der Herrschaft" s.

mögen des Abtretenden dagegen nur so viel, als ihm ausdrücklich übergeben wurde[6]); er übernimmt aber das Gut als **Anerbe**, ist daher verpflichtet, die übrigen Kinder zu alimentiren und abzufinden (§. 253) und die sonstigen äußeren Verbindlichkeiten eines Bauergutserben (z. B. Entrichtung des Sterbehandlohns) zu erfüllen[7]).

Mit **dieser** Gutsabtretung wird fast immer die Bestellung einer **Leibzucht** (Auszug, Altentheil) für den bisherigen Besitzer und seine Ehefrau verbunden; in manchen Gegenden ist sie schon gesetzlich daran geknüpft[8]). Der Inhalt derselben ist regelmäßig Nießbrauch an einzelnen Grundstücken und ein Recht auf einzelne zur Alimentation dienende Leistungen[9]), welchen durch die Art der Bestellung der Cha-

---

Runde Leibzucht S. 336, vorzüglich aber Seuffert's Archiv für Entsch. 15. Bd. S. 234.

6) Das übrige Vermögen des Abtretenden wird durch das Geschäft gar nicht ergriffen, namentlich auch in seinen sonstigen Schuldverhältnissen Nichts geändert. Das Intestat- und Notherbrecht in dieses zurückbehaltene oder später erworbene Vermögen wird durch die Gutsabtretung an sich in keiner Weise beschränkt oder modificirt.

7) Pfeiffer pract. Ausf. 8. Bd. S. 301 flg.

8) Wigand Paderb. I. S. 196.

9) Es ändert an der Natur der Gutsabtretung Nichts, wenn die Leibzucht eine vorbehaltene Quote des gesammten Gutsertrags ist (z. B. wenn der Stuhl, der alte Platz am Tische vorbehalten ist); a. M. Wigand S. 195 u. 197. — Häufig bezieht der Abtretende eine s. g. Leibzuchtskathe, ein abgesondertes Nebengebäude; s. darüber Runde II §. 30. Nach dem Tode des Leibzüchters fällt die Leibzucht an den Hof zurück. Uebrigens ist der Gedanke der Leibzuchtsbestellung der, daß die Alimentation auf den gegenwärtigen Familienstand des Leibzüchters beschränkt bleibe. Daher sagt Wedekind Reform des Meierr. S. 25 mit Recht, daß eine vom Altentheiler als solchem geheirathete Frau nur unter dem Gesichtspuncte als Magd und Verpflegerin ihres Mannes Zutritt habe, und daß das Erzeugen von Kindern auf dem Altentheil gleichsam als eine meierrechtliche Sünde betrachtet werde. — Ueber die rechtliche Natur der Leibzucht s. auch Preuß a. a. O. S. 17 flg.

rakter einer Reallast gegeben wird (§. 169 Note 4. §. 191*)). Zur Gültigkeit des Geschäfts gehört gerichtlicher Abschluß[10]) und bei Colonaten Einwilligung des Gutsherrn, damit eine zu große Beschwerung des Hofs durch die Leibzucht verhütet werde.

B) Erbfolge der Ehegatten.

§. 255.

Es ist eine im deutschen Rechte genugsam beurkundete Neigung, in der ehelichen Genossenschaft den Grund eines Anspruchs aus dem Nachlasse des Verstorbenen anzuerkennen; wie das mittelalterliche Recht der Frau (außer der vom Manne bestellten Leibzucht) Gerade und Mußtheil[1]) und dem Manne die fahrende Habe des hinterlassenen Frauenguts zusprach[2]), so gewährt auch das in Statuten und Gewohn-

---

*) „Die Alten werden mit dem Hofe mitverkauft."

10) Es ist unrichtig, wenn man diese Forderung bloß dem particulären Rechte zuschreibt, wie Eichhorn Einl. §. 365. S. die gesammelten Belege bei Runde §. 71 und Pfeiffer Meierrecht S. 354. Die Forderung des gerichtlichen Abschlusses ruht auf dem ganz allgemeinen Grunde, daß diese immer verlangt wird bei Geschäften, welche die Uebertragung liegender Güter betreffen; für das mit der Gutsabtretung verbundene Geschäft der Leibzuchtsbestellung ist die gerichtliche Form aber deshalb nöthig, weil nur dadurch das Leibzuchtsrecht den Charakter der Reallast empfängt. Fast allgemein wird zu diesen juristischen Gründen noch der politische hinzugefügt, daß Gutsabtretungen aus unstatthaften Beweggründen durch den Richter verhütet werden sollen; weshalb demselben auch eine causae cognitio und ein Confirmationsrecht gegeben wird. Pr. Landr. I, 11 §. 603 flg.

1) S. §. 248 Note 3 u. 5.

2) Heinrici II. leges 1019 c. 1 (bei Walter Rechtsgesch. §. 466, 6). Sachsensp. III, 76 §. 2: Hatte aber die vrowe man genomen, und was her zu ir und zu den kinderen in daz ungezweite gut gevaren, und stirbt denne daz wib, der man behelt alle des wibes recht in der varenden Habe, sunder daz gebuwe und sunder die

heitsrechten vielfach ausgesprochene spätere deutsche Recht [3]) dem überlebenden Ehegatten besondere Antheile am Vermögen des Verstorbenen, also Ansprüche, welche die Zurückforderung des eigenen Vermögens oder dessen Surrogats aus der ehelichen Gütervereinigung übersteigen [4]). Diese bestehen bisweilen in einem lebenslänglichen Nießbrauche und einem Rechte auf einzelne Sachen, öfter aber in einem wirklichen Erbrechte (s. g. statutarische Portion), dessen Umfang freilich sehr verschieden bestimmt wird [5]). Bei kinderloser Ehe wird dem

---

gerade. S. Hasse in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. IV. S. 81 flg. Haubold Sächs. R. §. 320.

3) Die Entwickelung des ehelichen Erbrechts aus jenen leisen Anfängen geschah (ähnlich wie die der Gütereinheit in den Städten) durch Vermittelung von Ehestiftungen, deren Allgemeinheit eine so entschiedene Rechtsüberzeugung beurkundete, daß sie zuletzt in Statuten und Landesgesetzen geschützt wurde, welche sich aber in der Regel hier von einer auch auf das eheliche Güterrecht bei Lebzeiten der Gatten zurückwirkenden Willkür aus angeblichen Billigkeitsrücksichten leiten ließen. S. Berck Bremisches Güterr. §. 23. Jedoch ist es auch nicht zu verkennen, daß auf manche Gesetzgebungen das römische Erbrecht der armen Wittwe Einfluß gehabt hat, z. B. auf die Sächs. Constitutionen P. III c. 20.

4) Gerade bei der Unterscheidung dessen, was die Frau als ihren Antheil an der vereinigten ehelichen Gütermasse zurücknimmt von dem, was ihr als Erbtheil am Nachlasse des Mannes gebührt, herrscht in den Statuten häufig Unklarheit, indem bisweilen dieses Zurückforderungsrecht selbst in der Form eines Erbrechts gewährt wird. Zweifelhaft kann diese Frage namentlich da werden, wo die Frau ihr Eingebrachtes einwerfen muß, um die statutarische Portion zu gewinnen. S. §. 232 Note 8. (Posse über die Natur der deutschen Erbgebühr in s. Abhandl. einiger Gegenst. des deutsch. Staats= und Privatr. 1804. S. 207.)

5) Ueber den früheren Streit darüber, ob die portio statutaria eine Singular= oder Universalsuccession enthalte, s. Runde Güterr. der Eheg. §. 107. Die im Texte gemachte Unterscheidung nach dem Gegenstande des Rechts enthält die richtige Antwort. Uebrigens ist es falsch, wenn manche Neuere die Bonorum possesio unde vir et uxor durch dieses eheliche Erbrecht ausschließen lassen, während dieß in Be=

überlebenden Ehegatten bald der ganze Nachlaß des Verstorbenen („längst Leib, längst Gut"[6]), bald nur eine Quote, bei dem Zusammentreffen mit Kindern häufig ein Kopftheil zugesprochen; zu diesem Erbtheile kommt nach manchen Statuten noch ein Nießbrauch an den übrigen Quoten hinzu[7]). Das Erbrecht der Ehegatten, welches die Fortdauer der Ehe bis zum Eintritt des Erbfalls voraussetzt[8]), erscheint als ein durch das eheliche Leben verdientes Recht und kann daher durch keine letztwillige Verfügung entzogen werden[9]); eine

---

treff des Erbrechts der armen Wittwe allerdings geschieht. — Alle anderen Fragen, z. B. über die Anwendung des Accrescenzrechts, können leicht nach gemeinrechtlichen Principien beantwortet werden.

6) S. über die Vieldeutigkeit des Sprüchworts, welches auch oft nur auf lebenslänglichen Nießbrauch führt, Runde a. a. O. §. 18. Es heißt auch: „der Letzte macht die Thür zu."

7) Ueber das Lübische Recht (bei unbeerbter Ehe die Hälfte) s. Pauli Abhandl. aus dem Lüb. R. Bd. 2 (1840) S. 63 flg. Ueber Mecklenburg: Kamptz Mecklenb. Civilr. S. 736 flg. Ueber Würtemberg: Wächter Handb. I S. 200 flg., Weishaar Würtemb. Recht §. 181 flg. Ueber Hannover: Grefe Hannöv. Pr.-R. II S. 137 flg. Cod. Maxim. Bavar. I, 6 §. 35 flg. Pr. Landr. II, 1 §. 621 flg. Oesterr. Gesetzb. §. 757—759. Steinacker Braunschw. Privatr. §. 294. Eine, jedoch nicht vollständige Statistik der verschiedenen Formen s. bei Walter D. Pr.-R. §. 417. — Im Uebrigen gelten über die Delation, Antretung, Anwachsung bei dem ehelichen Erbrecht die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze. Ebenso auch über die Haftung für die Schulden des Erblassers; nur ist zu unterscheiden die Haftung des Frauenguts für Schulden des Ehemanns, welche schon eine Wirkung des ehelichen Güterrechts ist. A. M. Posse a. a. O. S. 197. 202. S. aber Runde a. a. O. §. 108. 109.

8) Geschiedene oder für immer von Tisch und Bett getrennte Ehegatten haben daher auf das Erbrecht keinen Anspruch. Eichhorn legt ohne genügenden Grund diese Wirkung schon dem Vorhandensein eines Scheidungsgrundes bei; s. dessen Einl. §. 338, 5. In Sachsen ist dieß freilich gesetzlich bestimmt, s. Haubold a. a. O. §. 319.

9) S. Runde a. a. O. S. 375 flg. (Möglich ist allerdings, daß ein Particularrecht die Statutarportion nicht als Pflichtheil auffaßt,

solche würde im Testamente für nicht geschrieben gelten. Jedoch gestatten manche Particularrechte eine Enterbung aus bestimmten Gründen [10]).

II. Vertragsmäßige Erbfolge [1]).

Allgemeines.

§. 256.

Die Erbfolge der Blutsfreunde war nach dem älteren deutschen Rechte die unabänderliche Wirkung des Todes; durch keine Verfügung auf den Todesfall konnte sie Fremden eröffnet werden, man kannte weder Testamente noch Erbverträge [2]). Freilich konnte der Inhalt des künftigen Nachlasses geschmälert oder sogar gänzlich erschöpft werden durch Veräußerungen unter Lebenden, soweit die Einspruchsrechte der nächsten Erben kein Hinderniß bildeten, und namentlich

---

was aber besonders zu erweisen ist; nur dieß kann Walter D. Pr.-R. §. 419 zugegeben werden.) — Es versteht sich von selbst, daß auf dieses Notherbenrecht (auf welches der Ehegatte ausdrücklich und stillschweigend verzichten kann, Runde S. 177) nicht die Klagen der römischen Notherben zu übertragen sind, deren besondere Natur auf ganz individuellen Ursachen beruht.

10) Z. B. Würtemb. Landr. III, 19. — Ein besonderer Indignitätsgrund ist durch cap. 10. X de consuetud. eingeführt; s. Hasse Beitrag zu einer Revision d. ehel. Gütergem. S. 129.

1) Beseler die Lehre von den Erbverträgen I. Bd. 1835. II. Bd. 1. Theil (1837), 2. Theil (1840). [Der zweite Theil des zweiten Bandes wird der Kürze wegen als III. Bd. citirt.]

2) „Heredes tamen successoresque cuique liberi et nullum testamentum" (Tacit. Germ. c. 20). Ueber die Geschichte der Erbverträge s. namentlich Albrecht Gewere S. 188—222. Beseler Erbverträge I. Bd. u. II. Bd. §. 7 und 6. Albrecht in Schneider's kritischen Jahrbüchern Jahrg. 1842 S. 322 flg. Walter D. Rechtsgesch. §. 549 flg. und D. Pr.-R. §. 429; indessen ist gegen diesen Schriftsteller die Bemerkung nothwendig, daß an dieser Stelle wie an so manchen anderen

findet sich zu diesem Zwecke die von den Neuern s. g. „Vergabung von Todes wegen" in häufiger Uebung. Dieß Geschäft bestand in der Zuwendung von Immobilien oder auch einem ganzen aus unbeweglicher und beweglicher Habe bestehenden Vermögen, bisweilen auch mit Einschluß des künftigen Erwerbs, mittelst gerichtlicher Auflassung an einen Dritten, so daß dieser sogleich eine Gewere an den übertragenen Gütern erhielt, der Uebergebende sie sich aber für die Dauer seines Lebens zum Besitz und Genuß vorbehielt[3]). Bewegliche Habe allein konnte ursprünglich nur durch sofortige Besitzübertragung bei Lebzeiten des Gebers einem Fremden zugewendet werden[4]); aber schon einige spätere Quellen des Mittelalters gestatten eine Zuwendung derselben auf den Todesfall mittelst (gerichtlichen) Versprechens[5]), bei welchem häufig der Widerruf vorbehalten wurde, und gewiß durfte schon im vierzehnten Jahrhundert allgemein die Ehestiftung auch die Beerbung der Ehegatten bestimmen[6]). So verloren jene alten Geschäfte allmählig ihren ursprünglichen Charakter

---

der Anspruch, zuerst den historischen Zusammenhang quellenmäßig zur Anschauung gebracht zu haben, nicht anerkannt werden kann.

3) Sachsens. II, 30. I, 9 §. 6. Schwabensp. Art. 311. Beseler a. a. O. I. Bd. S. 132 flg. Aus dem älteren Rechte s. z. B. L. Langob. Rothar. c. 171. Capit. IV. a. 803. c. 7. Das Geschäft ließ verschiedene Modalitäten für das zurückbleibende Recht des Gebers zu; nach Beseler §. 6 auch ein Gesammteigenthum des Gebers und Empfängers, vgl. dagegen Duncker Gesammteigenthum (§. 5—7). (Namentlich kam der Fall einer bedingten Tradition vor.) Bei diesem Geschäft kamen sehr häufig die s. g. Treuhänder, Salmannen, manufideles vor; diesen wurde das Grundstück zu „getreuen Händen" aufgelassen, damit sie es beim Tode des Gebers dem eigentlich Bedachten weiter auflassen sollten. Beseler a. a. O. S. 277 flg.

4) Kl. Kaiserr. II, 36.

5) Diese Veränderung mochte wohl allmählig auch auf wohlgewonnene Immobilien ausgedehnt sein.

6) Dieß erkennt selbst Beseler II. S. 195 a.

und schienen bald den einseitigen Dispositionen auf den Todesfall, bald einfachen Verträgen nahe zu kommen[7]). Bei der Aufnahme des fremden Rechts wurde die Vertragsnatur der Erbschaftsbestimmungen in Eheverträgen als wissenschaftlicher Gegensatz hervorgehoben, und ihre Wirksamkeit ebenso wie die der Erbverzichte und Erbverbrüderungen aus Gründen des römischen Rechts bezweifelt, oder doch nur als statutarische und gewohnheitsrechtliche Singularität anerkannt[8]). Die

7) Dieser Uebergang ist ein sehr allmähliger und es ist im höchsten Grade zweifelhaft, ob in den Bestimmungen der Statuten und in einzelnen Urkunden ein einseitiges oder ein zweiseitiges Geschäft angenommen werden müsse. An diese Zweifel knüpft sich nun die interessante Frage über die Entstehung und den Grund der Geltung der Erbverträge; während Albrecht annimmt, daß sich das deutsche Recht selbst zu den Erbverträgen im vierzehnten Jahrhundert geneigt habe, will Beseler (abgesehen von den Ehestiftungen) die Entstehung der Erbverträge allein durch die romanisirende und später durch die falsch germanisirende Jurisprudenz geschehen lassen, ihre Geltung daher allein auf die communis doctorum opinio stellen. So viel ist klar, daß das ältere deutsche Recht die Erbverträge nicht kannte, und daß dieses Institut seinen eigentlichen Rechtscharakter erst durch die spätere Jurisprudenz erhalten hat; dagegen kann man gewiß nicht in Abrede stellen, daß das deutsche Recht aus den verwandten alten Instituten Rechtsgeschäfte hervorgehen ließ, welche der Auffassung als Verträge entgegenkamen. Ich möchte deshalb den Antheil des reinen deutschen Rechts an der Bildung der Erbverträge in etwas Negativem erkennen, nämlich in der allmähligen Abschwächung der alten Vergabungen von Todes wegen zu Geschäften, welche die Auffassung als Erbverträge *zuließen*; diese Auffassung selbst aber und damit das Bewußtsein, daß die Vertragsidee dem deutschen Rechte inwohne, d. h. das für die Begründung der Erbverträge eigentlich productive Element, gebührt der späteren Jurisprudenz. Deshalb braucht man aber die *Geltung* der Erbverträge nicht auf eine communis doctorum opinio zu gründen; durch die Jurisprudenz von drei Jahrhunderten ist das Institut, wie die Gesetzgebungen zeigen, allmählig zu einer wirklichen Rechtsüberzeugung geworden.

8) S. die sehr wichtige Dogmengeschichte bei Beseler II. §. 6. Auf diesem Standpuncte steht noch die Frankfurt. Reform. II. 2.

spätere Jurisprudenz suchte jene Geschäfte durch die freilich aus dem Dasein derselben selbst erst entnommene Behauptung zu rechtfertigen, es sei eine anzuerkennnde Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts, daß es die Erbverträge zulasse; so fand man neben der erstrebten Rechtfertigung einzelner im Volke üblicher Rechtsgeschäfte ein Allgemeines, den Begriff der Erbverträge, den die spätere Doctrin selbstständig ausgebildet[9]) und durch Gewinnung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung befestigt hat.

Begriff des Erbvertrags.

§. 257.

Erbverträge sind zweiseitige unwiderrufliche Geschäfte[1]),

---

§. 4. Das Oesterr. Gesetzb. §. 602 läßt auch heutzutage nur die Erbverträge unter Ehegatten gelten.

9) Von ganz besonderer Bedeutung ist dafür die Abhandlung von Hasse im Rhein. Museum II S. 149 flg., der zuerst die juristische Natur des Instituts scharf bestimmte und sein Verhältniß zu den übrigen Geschäften von Todes wegen im heut. Rechte feststellte.

1) Es ist durchaus kein obligatorischer Vertrag anzunehmen (in dem Sinne, wie dieß Wort von Savigny System des heut. R. Bd. 3 S. 312 gebraucht wird), sondern ein Vertrag nur in dem Sinne, wie auch die Tradition ein Vertrag ist. Durch den Erbvertrag entsteht keine obligatio. — Eine neue Construction versucht jetzt Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten 1860. Er löst den Erbeinsetzungsvertrag in zwei ganz selbstständige Geschäfte auf, — in die Erbeinsetzung und in einen Verzicht auf spätere Testamentserrichtung. Dieß führt dann zu sehr bedeutenden Consequenzen in Betreff der Frage über die Gültigkeit der Einsetzung eines Vertragsunfähigen, ferner über die Form des Geschäfts. So mangelhaft nun auch die Construction des Rechtsinstituts durch seine Geschichte unterstützt wird, so scheint mir doch diese Zerstörung der Einheit des Geschäfts mittelst Auflösung in zwei Geschäfte willkürlich und unhistorisch zu sein. Den Ausgangspunct der Deduction, daß der Inhalt der vertragsmäßigen Einsetzung

deren unmittelbarer[2]) Gegenstand die Beerbung[3]) eines oder beider Contrahenten ist; es kann dadurch ein Recht auf die Beerbung erworben (Erbeinsetzungsvertrag), oder aufgegeben werden (Erbverzicht). Daher gehören nicht zu den Erbverträgen Geschäfte, welche die Herausgabe der einem Contrahenten von einem Dritten anfallenden Erbschaft betreffen[4]). Auch fehlt es an allem juristischen Interesse, neben dem Erbvertrage einen analogen Vermächtnißvertrag zu construiren, dessen Inhalt das Recht auf Zuwendung eines Vermächtnisses wäre[5]).

---

kein wirkliches Recht darstelle, halte ich für unrichtig. (Gerber progr. de pact. heredit. Jen. 1862.)

2) Kein Erbvertrag ist daher das Geschäft, durch welches Jemand verspricht, einen solchen abzuschließen, oder Jemanden im Testamente zu bedenken (was ohnedieß als Beschränkung der testamenti factio unzuläßig ist).

3) Also nicht der Nachlaß, wie Eichhorn Einl. §. 340 flg. noch irrthümlich annimmt. Daher giebt es auch keinen Erbvertrag, dessen Gegenstand die Zuwendung einzelner Sachen ist. S. Beseler II. S. 214. Der Erbvertrag ist ein wahres mortis causa negotium.

4) Solche Verträge sind gar keine Erbverträge; ihr Inhalt ist nicht das Recht auf die Beerbung, sondern eine obligatio auf Herausgabe einer künftigen Erbschaft. Sie stehen daher ganz unter den Regeln des römischen Rechts. (Dessenungeachtet handelt davon Walter D. Pr.-R. §. 440 flg. als von „uneigentlichen Erbverträgen." Sie sind aber gar keine Erbverträge, daher auch keine uneigentlichen.)

5) Während Einige die Gültigkeit eines solchen Vertrags an die alte, aber abgerissene Wurzel der Erbverträge, die Vergabungen von Todes wegen, anknüpfen wollten, hat Hasse Rhein. Mus. III. S. 20 flg. einen Vermächtnißvertrag (Singularerbvertrag) selbstständig zu construiren versucht, welcher sich von der mortis c. donatio unterscheide. Mit Recht verwirft diesen Beseler II. S. 221 und III. S. 109 flg.; die Theorie hat nicht die Aufgabe, ihre Kunst an einer wesenlosen Erfindung zu versuchen. (Das Beispiel, das Bluntschli D. Pr.-R. §. 196 hiergegen vorbringt, muß als eine Schenkung von Todes wegen, oder als eine Schenkung unter Lebenden mit hinausgeschobener Erfüllung charakterisirt werden.)

1) Erbeinsetzungsvertrag.

a) Inhalt und Errichtung.

§. 258.

Durch den Erbeinsetzungsvertrag wird Jemand[1]) zum Erben ernannt. Es können Mehrere sich gegenseitig durch dasselbe Geschäft zu Erben einsetzen, so daß der Ueberlebende die Erbschaft der Andern empfängt (wechselseitiger Erbvertrag[2])). Die Erbeinsetzung kann ferner so geschehen, daß dem Vertragserben die Auszahlung von Vermächtnissen, oder sogar die Restitution der Erbschaft als Universalfideicommiß an einen Dritten aufgelegt wird[3]).

Die Form der Errichtung des Geschäfts ist die des Vertrags; schriftliche oder gerichtliche Abschließung ist zweckmäßig durch Particularrechte[4]) vorgeschrieben, aber die Nothwendigkeit derselben kann gemeinrechtlich nicht erwiesen werden[5]). Einen Erbvertrag errichten kann Jeder, der durch Ernennung eines Erben über sein Vermögen disponiren und sich durch

---

1) Es ist in der That für die Theorie der Erbverträge ohne Bedeutung, ob Jemand durch den Vertrag ein ganz neues Erbrecht erwirbt, oder ein schon bestehendes nur sichert (conservativer Erbvertrag). Wohl aber knüpfen sich andere Fragen daran, z. B. ob man die Vertragsdelation ausschlagen und die gesetzliche dafür annehmen kann? S. Beseler a. a. O. S. 275.

2) Beseler II. S. 228 flg.

3) Auch Substitutionen können in einem Erbvertrage vorkommen, sofern nämlich der zum Substituten Ernannte zum Vertrage beitritt.

4) Cod. Maxim. Bavar. III, 11 §. 1. Preuß. Landr. I, 12 §. 6.

5) A. M. Eichhorn Einl. §. 342, der schriftliche Form gemeinrechtlich fordert, indem er das Geschäft an die späteren Formen der alten Vergabungen anlehnen will und sich insbesondere auf Sachsensp. II, 30 zu stützen scheint, in welcher Stelle aber offenbar nur die Form der gerichtlichen Auflassung erwähnt wird, aus welcher ein Schluß auf jene nicht gelten kann (Beseler I. S. 132). S. Beseler a. a. O. S. 234 flg.

einen Vertrag verpflichten kann[6]). Die Pflichttheilsrechte der Notherben können durch einen Erbvertrag nicht verletzt werden; dagegen braucht dieser nicht das ganze hinterlassene Vermögen zu umfassen, er kann auch nur eine Quote zum Gegenstande des gewährten Erbfolgerechts machen und dann entweder mit der testamentarischen oder gesetzlichen Berufung der Erben für die übrigen Erbschaftsquoten concurriren[7]).

b) Wirkung.

§. 259.

Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Delationsgrund, der vom Promittenten nicht widerrufen werden kann. Das Recht des Bedachten ist nur die Beerbung; daher ist der Promittent durch den Erbvertrag in keiner Verfügung über seine Güter während seines Lebens beschränkt, welche nicht jene zum Gegenstande hat, obschon der künftige Vertragserbe durch das Recht, auf Prodigialitätserklärung anzutragen, und dolose Veräußerungen beim Erbschaftsantritt zu widerrufen, einigermaßen gegen indirecte Beeinträchtigungen gesichert ist[1]). Tritt die Delation des Erbrechts ein, so bedarf es der Antretung derselben durch den Vertragserben[2]),

6) Hiernach entscheidet sich die Frage über die Fähigkeit der Minderjährigen und der Haussöhne in Betreff der Adventitien. Beseler II S. 255.

7) Mühlenbruch Forts. v. Glück's Pand. Bd. 38 S. 80 u. S. 339 flg.; die Regel „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ findet also hier keine Anwendung.

1) Preuß. Landr. I, 12 §. 624—628. Kursächs. Decision v. 1746 Nr. XIII. Oesterr. Gesetzb. Art. 1252. Beseler II. S. 257 u. flg. Bestritten ist, ob auch mortis causa donationes zu machen erlaubt sei; Beseler bejaht es, die meisten übrigen Schriftsteller (auch neuerdings Albrecht in den Kritischen Jahrbüchern a. a. O. S. 340) und die Gesetzgebungen verneinen es. Gewiß ist Beseler's Ansicht die consequente und der Natur des Geschäfts allein entsprechende.

2) Manche (z. B. Eichhorn Einl. §. 344) verneinen die Noth-

welcher zugleich in diesen Zeitpuncten den Erfordernissen der Successionsfähigkeit genügen muß; durch die Erbschaftsantretung erwirbt er das Erbrecht mit allen Wirkungen, welche das gemeine Recht daran anknüpft; nur hat er keinen Anspruch auf das Accrescenzrecht[3]) und die Falcidische oder Trebellianische Quart[4]). Er haftet also, wenn er nicht cum beneficio inventarii antritt, für alle Schulden des Erblassers; er muß ferner die Vermächtnisse und Fideicommisse auszahlen, und die damit Bedachten haben gegen ihn dieselben Klagen, als wenn ihr Recht im Testamente begründet wäre, weil es, obschon in einem Vertrage bestellt, nicht selbst ein vertragsmäßiges ist[5]). Dem Vertragserben ste=

---

wendigkeit des Erbschaftsantritts, weil sie den Inhalt des Erbvertrags irrig für ein Recht auf den Nachlaß ansehen, welches mit dem Tode des Promittenten nicht erworben, sondern nur unbedingt werde. Scheinbarer ist die Begründung dieser Meinung, welche in der Zustimmung zur Vertragsschließung schon die Antrittserklärung sieht; allein auch diese ist unrichtig, da Beides ganz verschiedene Dinge sind. Richtig Beseler II. S. 271 flg.

3) Weil die Regel Nemo pro parte u. s. w. auf Erbverträge keine Anwendung leidet. Ob man ein Accrescenzrecht unter den Vertragserben unter Umständen zulassen solle, erscheint sehr bedenklich; Beseler S. 284 bejahet es.

4) Diese Entscheidung, welche Beseler S. 277 richtig begründet hat, ist von Albrecht a. a. O. S. 339 bekämpft worden, weil Verzichte nicht präsumirt würden und die Größe der Erbschaft beim Vertragsabschluß gar nicht übersehen werden könne. Allein Albrecht schiebt den Begriff des Verzichts auf eine Wohlthat des Testamentserbrechts willkürlich dazwischen; man kann gar nicht annehmen, daß der Vertragserbe ganz wie ein Testamentserbe gehalten werden will, sondern eben so, wie die Worte des Vertrags lauten, daher braucht man nicht das Medium des Verzichts.

5) Das Recht der Vermächtnißnehmer beruht auf der Befugniß des Erblassers, den Erben mit Vermächtnissen zu belasten, ein Recht, welches heutzutage nicht an die Form der testamentarischen Einsetzung gebunden sein kann. Dieß verkennt Beseler, welcher S. 232 flg. mit Andern die Rechte der Vermächtnißnehmer als vertragsmäßige ansieht

hen alle Klagen und Rechtsmittel des Erben nach gemeinem Rechte zu.

c) Aufhebung.

§. 260.

Ein Erbeinsetzungsvertrag ist rescissibel wegen Verletzung des Notherbenrechts[1]); er wird vernichtet, wenn der eingesetzte Erbe vor der Delation stirbt[2]) und kein Substitut ernannt ist; er kann durch den übereinstimmenden Willen der Parteien widerrufen und durch in integrum restitutio[3]) wieder aufgehoben werden. Erbverträge sind dagegen von Anfang an nichtig, wenn unmögliche Bedingungen hinzugefügt

---

und nur durch eine (wohl kaum statthafte) Erweiterung der Wirksamkeit der Verträge auf Dritte wirksam macht. (Mit meiner Ansicht stimmt jetzt auch überein Buchka von der Stellvertretung 1852 S. 195 flg., und Fein in der Fortsetz. v. Glück's Comment. Bd. 44 S. 198 Not. 9.) — Man nennt übrigens solche Erbverträge „restitutive," ein unnöthiges Wort, das Irrthümer hervorgerufen hat.

1) Und zwar nach den Grundsätzen und mit den Rechtsmitteln, welche bei Verletzungen durch testamentarische Anordnung Statt finden. Die Meisten, z. B. Eichhorn §. 343, wollen bloß eine Klage auf den Pflichttheil zulassen; dieß beruht auf der früheren irrigen Auffassung der Erbverträge, als Verträge über den Nachlaß. S. Beseler II. S. 297. Enterbungen können in einem Erbeinsetzungsvertrage nicht vorgenommen werden; wäre dieß möglich, so würde der Erbvertrag ein unwiderrufliches formloses Testament sein.

2) Dieß tritt auch dann ein, wenn der Vertragserbe nach der Delation, aber vor dem Erbschaftsantritt wegfällt, und weder eine Transmission noch eine Substitution die Erbeinsetzung rettet (oder nach Beseler unter Umständen ein Accrescenzrecht). S. Beseler II. S. 305 flg.

3) Ueber die Nachweisung der Läsion s. Beseler 312 flg. Ein Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder und wegen Undankbarkeit des Bedachten, welches Einige annehmen, läßt sich nicht begründen.

sind[4]); beigefügte Resolutivbedingungen oder dies ad quem gelten als nicht vorhanden[5]).

d) Besondere Anwendungen des Erbeinsetzungsvertrags.

aa) Erbeinsetzungsverträge unter den Ehegatten.

§. 261.

Erbeinsetzungsverträge unter Ehegatten können selbstständig errichtet werden; dann haben sie nichts Besonderes. Sie können aber auch ein Theil des mannigfaltigen Inhalts der Ehestiftungen sein[1]) und sind dann regelmäßig wechselseitig[2]). Ihre Form ist die der Ehepacten, also particular=

4) Es liegt in der Natur des Verhältnisses, daß man hier den Vertragscharakter entscheiden läßt. Beseler S. 268 flg.

5) Denn semel heres semper heres.

1) Ehestiftungen pflegen, außer Bestimmungen über die Beerbung, auch Bestimmungen über die persönlichen und die Vermögensverhältnisse während der Ehe zu enthalten. Nicht alle Bestimmungen vermögensrechtlichen Inhalts, welche Zuwendungen an den überlebenden Gatten enthalten, sind aber Erbverträge; sie können auch sein Leibzuchtsbestellungen, Schenkungen, namentlich mortis causa donationes. Sie werden sich häufig an den Inhalt der an den verschiedenen Orten geltenden statutarischen Bestimmungen über die Vermögensrechte des überlebenden Gatten halten, welche aber ebenfalls nicht immer Erbrechte, oft nur Nießbrauch und Rechte auf einzelne Sachen sind. Dieß wird nicht genügend unterschieden von Beseler in seiner Darstellung III. S. 135 flg., in welcher außerdem auch noch die unrichtige Ansicht Posse's über die statutarische Portion Anerkennung gefunden hat.

2) Die wechselseitige Erbeseinsetzung in den Ehestiftungen kann auch die Form eines wechselseitigen Testaments haben; die Unterscheidung eines solchen vom wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrage, welche oft sehr schwierig ist, ist quaestio facti. In manchen Statuten (z. B. Frankfurter Reformation III, 2 §. 4. 5) findet sich noch das monströse Institut der pacta dotalia mixta, unter welchen man Erbeinsetzungen in Ehestiftungen verstand, welche zwar der äußeren Form nach Erbverträge sind, aber der Wirkung nach letztwillige Dispositionen, daher

rechtlich Schriftlichkeit, gerichtlicher Abschluß, gerichtliche Bestätigung. In der Ungültigkeit der Ehepacten liegt auch die Ungültigkeit der darin vorkommenden Erbeinsetzung, was nicht von selbst auch umgekehrt der Fall ist[3]). Ein selbstständiger Aufhebungsgrund der Erbeinsetzung ist die Ehescheidung und die dauernde Trennung von Tisch und Bett[4]); die Regel „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" findet, sofern sie nicht die gewöhnlichen Wirkungen einer Verletzung des Notherbenrechts bedeutet, nur dann Anwendung, wenn die Bedingung der Kinderlosigkeit ausdrücklich von den Parteien gewollt war[5]).

bb) Einkindschaft [1]).

§. 262.

Im späteren Mittelalter[2]) ist besonders in den Gegenden

---

widerruflich sein sollten. (Den Gegensatz bildeten die p. dot. simplicia, d. h. unwiderrufliche Erbeinsetzungen, welche sogar häufig verboten waren.) S. Beseler II. S. 343 flg. Jenes Institut ist nur die Fixirung der ersten romanisirenden Bekämpfung der Erbverträge.

3) Dieß würde nur dann der Fall sein, wenn die übrigen Bestimmungen der Ehestiftung so sehr mit der Erbeinsetzung verwebt wären, daß ihnen alle Selbstständigkeit fehlte.

4) Beseler III. S. 147.

5) An manchen Orten wird diese Bestimmung als stillschweigende für den Fall der Trennung der Ehe angesehen (was Eichhorn §. 347 ganz allgemein hinstellt); s. Runde Deutsches ehel. Güterr. S. 356.

1) Tafinger über die Lehre von der Einkindschaft. 1785. Hertel über die Einkindschaft — mit Rücksicht auf die Bestimmungen des preuß. Landr. 1818. Ringelmann histor. Entwickelung und rechtl. Natur der Einkindschaft. 1825. Beseler Erbvertr. III. S. 150 flg. Hillebrand Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 10 S. 420 flg.

2) Darüber, daß die Einkindschaft (freilich nicht das in den Statuten des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts ausgebildete Institut) schon früh vorgekommen ist, s. Eichhorn Rechtsgesch. §. 370 Not. p). Gerber de unione prolium observationes. 1844. Sollte nicht schon Sachsenspiegel III, 76 §. 2 hierauf zu beziehen sein? („Hatte aber die vrowe man genomen, und was her zu ir und zu

des fränkischen Rechts[3]) ein Rechtsgeschäft ausgebildet worden, dessen wesentlicher Zweck die Abwendung der Nachtheile ist, welche die Nothwendigkeit einer Abtheilung[4]) der Kinder früherer Ehe von dem in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit ihnen lebenden Ehegatten bei Eingehung einer zweiten Ehe mit sich führt. Dieß ist die s. g. Einkindschaft. Der hauptsächliche Inhalt desselben ist der Verzicht der s. g. Vorkinder auf ihre Rechte und Ansprüche auf das in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindliche elterliche Vermögen, welches nun der Gütergemeinschaftsmasse der zweiten Ehe einverleibt wird[5]),

---

den kinderen in daz ungezweite gut gevaren." Einkindschaftsverträge aus dem Ende des 14. Jahrh. s. bei Mone Zeitschr. für Gesch. des Oberrheins Bd. 5 S. 397 flg. (1854).

3) Daß das Geding auch anderswo vorgekommen ist, als in den fränkischen Landen und am Mittelrhein, wo noch heutzutage dessen hauptsächlichster Sitz ist, kann nicht bezweifelt werden. Ebenso wenig kann man die heutige Anwendbarkeit des Geschäfts in irgend einem deutschen Lande bestreiten, wenn es (wie durch das Oesterr. Gesetzb. Art. 1259 u. a.) nicht ausdrücklich verboten ist. Eine andere Frage ist, welche Wirkungen es erzeuge? Dieß beantwortet sich zunächst nach den verschiedenen Gütersystemen, von denen hier nur beispielsweise die s. g. Gütergemeinschaft vorausgesetzt wird, als das am häufigsten mit der Einkindschaft in Verbindung gesetzte Verhältniß. Der Grundgedanke des Erbvertrags ist freilich überall möglich.

4) Diese Abtheilung und ihre Nachtheile treten auch da ein, wo das s. g. Verfangenschaftsrecht galt. Obschon (nach der vor. Note) das Geschäft willkürlich überall angewandt werden kann, so wird doch die hauptsächliche Veranlassung desselben immer in den Wirkungen eines ausgedehnten Gütereinheits- oder (allgem. oder partic.) Gütergemeinschaftssystems liegen. Auch ist es gewiß nicht wünschenswerth, daß das Geschäft sehr an Raum gewinne.

5) Bei eigentlicher Gütergemeinschaft wird das abgetretene Vermögen der Vorkinder einen Theil der gemeinen Masse bilden, bei dem Gütereinheitssysteme und bei der Errungenschaftsgemeinschaft einen Zuwachs des Vermögens beider Ehegatten zu gleichen Theilen, so fern nicht der Vertrag auf einen andern Erfolg gerichtet ist. (A. A. Walter D. Pr.-R. §. 245, 2.) Die außerordentliche Unbestimmtheit der Statuten läßt selten deren Tendenz hierin genau erkennen.

wogegen ihnen ein Recht auf die Beerbung der Ehegatten zweiter Ehe in der Art zugesichert wird, wie es sich bei der Fiction ergiebt, daß die Vorkinder und Nachkinder aus einer Ehe abstammen. Diese Gleichstellung der verschiedenen Kinder ist aber in den Statuten nicht auf den Zweck der Bestimmung eines Maßstabs für die Erbtheile beschränkt worden; in der Regel wurden die Eltern der zweiten Ehe auch verpflichtet, die Vorkinder wie die eigenen Kinder zu alimentiren und auszusteuern, und nach manchen Particularrechten scheint jene Gleichstellung selbst elterliche Rechte des Stiefparens gegen die Vorkinder zu erzeugen; hieraus erklärt sich die sowohl in der älteren Theorie als in vielen Statuten angenommene Analogie der Adoption, durch welche die eigentliche rechtliche Natur des Geschäfts im höchsten Grade verdunkelt worden ist[6]).

Immer aber ist der Mittelpunct der Einkindschaft ein Erbvertrag[7]) zwischen den beiden Ehegatten zweiter Ehe

---

6) Die Beerbung ist als vorzüglicher Zweck hervorgehoben in der Mainzischen Untergerichtsordnung v. 1588, im Würtemb. Landr. III, 9, churpfälz. Landr. (1610) II, 25, 2. Sponheim. Landr. v. 1578 (Maurenbr. Rheinpreuß. Landr. II. 225). Der Annahme der Adoption nähern sich das Freiburger Stadtr. (1520) 3, 4, die Frankfurter Reformation III, 10 §. 11, Würzburger Landgerichtsordnung III, 118.

7) Nach der Ansicht Einiger, z. B. Beseler's a. a. O. (eine Meinung, die auch in meiner angef. Dissertation vertheidigt wird), sollen durch die Einkindschaft allgemein die Eltern- und Kindesrechte erworben werden; diese Ansicht liegt nicht in den Statuten, welche weder Verwandten- noch Familienrechte, sondern zunächst ein Erbrecht dadurch begründen lassen wollen, zu dem einige aus der natürlichen Lage des Verhältnisses hervorgehende, bisweilen freilich anomal ausgedehnte persönliche Rechte hinzugefügt werden; die Ausdrücke, deren sich die Statuten bedienen, sind freilich oft sehr weit gefaßt. Construiren ließe sich diese Ansicht nur dann, wenn man auf das Gebiet der Fictionen treten wollte; und auch darin kann man nicht so weit gehen, daß man die ganze natürliche Stellung eines Menschen mit einem Schlage durch ein Rechtsgeschäft

auf der einen und den Vorkindern auf der andern Seite [8]); diese werden dadurch zu Erben eingesetzt, und zwar wird der Erbtheil schon von vornherein nach dem Maßstabe bestimmt, welchen die Fiction der Gleichheit der Vor= und Nachkinder als Intestaterben enthält. Der Erbtheil kann groß oder klein werden, er kann ein wirklicher Ersatz für das preisgegebene elterliche Vermögen werden oder nicht; das Geschäft ist also ein gewagtes. Daher wird allgemein die Beobachtung besonderer Formen, namentlich der gerichtlichen Bestätigung und Zuziehung der nächsten Freunde gefordert; die minderjährigen Kinder werden stets durch einen Vormund vertreten, und oft wird zur größeren Sicherung der Vorkinder ein bestimmter Vermögenstheil als Voraus ausgeschieden, der ihnen ungeschmälert verbleibt. Das zugesicherte Erbrecht kann den Vorkindern durch keine letztwillige Verfügung entzogen, namentlich auch nicht auf einen bloßen Pflichttheil herabgesetzt werden [9]); denn sie sind keine Notherben, sondern Vertragserben,

---

umzuwandeln gestattet, vorausgesetzt, daß mit jener Ansicht nicht eine bloße Adoption gemeint ist. Ganz unrichtig ist die Meinung von Phillips deutsch. Pr.=R. II. §. 149, daß die Einkindschaft eine Fortsetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft sei. Ebenso wenig enthält einen juristischen Begriff die von Hillebrand aufgestellte Meinung; denn obschon sie die Sache ganz richtig beschreibt, bestimmt sie doch ihre juristische Natur in keiner Beziehung, und läßt die Möglichkeit offen, an ganz verschiedene Rechte zu denken, an welche sich dieser Erfolg anlehnen könnte.

8) Diese Stellung der Contrahenten verkennt Beseler III. S. 174, indem er den Kindern die Bedeutung einer selbstständigen Partei abspricht. In diesem Irrthum liegt der Haupteinwand desselben gegen die Annahme eines Erbvertrags.

9) Während die Ansicht, daß die Vorkinder nicht enterbt werden können, jetzt die allgemeine ist, behaupten Manche, z. B. Eichhorn Einl. §. 348, daß der unentziehbare Anspruch der Kinder nur der Pflichttheil sei. Diese Ansicht ist mit der Annahme eines Erbvertrags, welcher ja auch Eichhorn zugethan ist, ganz unvereinbar, wird auch

und ihre Gleichstellung mit den Nachkindern beschränkt sich auf den Maßstab der Erbportion. Das Erbrecht der Vorkinder bezieht sich im Zweifel auf beide Ehegatten [10]). Stirbt der eine, so kann sofort Realtheilung seines Nachlasses, oder das Verhältniß der fortgesetzten Gütergemeinschaft eintreten; das Erbrecht der Vorkinder gegen den Ueberlebenden (auch gegen den Stiefvater) bleibt vorbehalten [11]). Ein Erbrecht des Stiefparens oder der Stiefgeschwister gegen die Vorkinder geht aus der Einkindschaft zunächst nicht hervor [12]), nur giebt jenen der Wegfall eines Vorkindes indirect einen Vortheil. Besondere Aufhebungsgründe sind Ehescheidung, nach manchen Particularrechten auch die Kinderlosigkeit der zweiten Ehe [13]) und ein richterlicher Ausspruch, daß die Einkindschaft wegen Verletzung der Kinder aufzulösen sei.

---

meines Wissens durch die Statuten nicht bestätigt. Sie beruht wohl darauf, daß man die Gleichstellung der Vor- und Nachkinder nicht auf den Zweck der Bestimmung des Maßstabs der Erbtheile, sondern auf das Recht der Beerbung bezog.

10) Manche scheinen das Vertragserbrecht der Vorkinder bloß gegen den Stiefparens anzunehmen; aber der Vermögensvortheil, welcher in dem Verzichte der Vorkinder liegt, kommt beiden Ehegatten zu Statten, und die Wirkung der Einkindschaft trifft beide Ehegatten. Die Veränderung, welche die Einkindschaft in Betreff der Beerbung des natürlichen Parens hervorbringt, besteht in einer Verwandlung des gesetzlichen Erbrechts in ein vertragsmäßiges.

11) Welche Verwirrung entsteht, wenn dieß nicht angenommen wird, kann man aus den Schriften über Würtemb. Pr.-R. sehen. S. Weishaar §. 859.

12) Manche Particularrechte (z. B. Pr. Landr. §. 720, das Mainzer Landr. II. §. 18) geben wenigstens dem Stiefparens ein Erbrecht, jedoch ohne Grund, da die Vorkinder ihr Vermögen bereits abgegeben haben; den Stiefgeschwistern giebt ein solches die Landger.-Ordn. des Herzogth. Franken III, 119 §. 13.

13) Aus der Natur des Geschäfts als eines Erbvertrags kann dieß an und für sich nicht gefolgert werden, da der Hauptzweck auch im Falle des Fehlens der erwarteten Kinder eine rechtliche Möglichkeit hat. S. auch Walter a. a. O. §. 249, 3.

Von dieser Charakteristik ist die Bestimmung des Geschäfts in den einzelnen Statuten häufig verschieden, da sie selten einen festen Gesichtspunct aufnehmen, und durch eine maßlose Ausdehnung der in dem Worte „Einkindschaft" liegenden Vorstellung, nämlich durch unrichtige Würdigung einer Reihe hinzutretender persönlicher Rechtsverhältnisse, dazu gelangen, den eigentlichen Inhalt zu verdecken. Daß überhaupt einzelne persönliche Verpflichtungen, z. B. Erziehung, Ernährung, Aussteuer der Vorkinder gesetzlich oder vertragsmäßig unbeschadet des Hauptinhalts des Geschäfts beigefügt werden können, kann freilich in keiner Weise bezweifelt werden; aber es darf nicht übersehen werden, daß sie juristisch betrachtet immer nur der Inhalt von Nebenbestimmungen sind, welche auf die Charakteristik des hauptsächlichen Wesens des Instituts keinen Einfluß haben, so groß auch ihre sittliche Bedeutung immerhin sein möge[14]).

cc) Erbverbrüderung.

§. 263.

Eine eigenthümliche Anwendung des Erbeinsetzungsvertrags liegt in der Erbverbrüderung[1]), durch welche eine Familie oder eine einzelne Linie einer solchen für den Fall ihres Abgangs einer andern Familie oder Linie das Erbrecht (regelmäßig gegenseitig) zusichert, ein Geschäft, welches nur beim hohen Adel vorkommen kann[2]). Das Erbrecht wird ei-

---

14) Diese das persönliche Verhältniß betreffenden Bestimmungen sind nicht bloß durchaus angemessen und natürlich, sondern auch beinahe immer vorhanden. Von diesem thatsächlichen Zusammenhang unterscheide ich den, welcher aus dem juristischen Bau des Instituts hervorgeht. In dieser Hinsicht haben sie den Charakter von Nebenberedungen. Dieß gegen Walter a. a. O. §. 246, 3.

1) Moser Familienstaatsrecht I. S. 969 flg.

2) Den Grund s. in der Note 3.

ner Familie, der Summe der durch Blutsverwandschaft vereinigten Personen, einer Gesammtheit, welche in gegenwärtigen und zukünftigen Gliedern repräsentirt wird, zugewendet; aber nicht so, daß diese Gesammtheit als solche succediren solle, sondern nur das einzelne Glied derselben, welches beim Successionsfalle nach der in der Erbverbrüderung angegebenen Ordnung oder nach der seines Hausgesetzes zur Erbfolge berechtigt ist. Die Erbverbrüderung ist also die vertragsmäßige Erbeinsetzung eines noch unbestimmten Individuums; bei der Abschließung des Geschäfts werden nur die bestimmenden Momente festgestellt, nämlich die Eigenschaft als Mitglied der Familie und die Berufung durch die Successionsordnung. Die Auffassung der Familie in ihrer fortdauernden Bewegung als einer Einheit[3]), wie sie dieses

3) Nicht als juristische Person, wie Manche angenommen haben. Die Familie erscheint hier als eine Einheit, als etwas Individuelles im factischen Sinne des Worts. Diese Einheit ist an und für sich nur eine auf socialen Verhältnissen beruhende Thatsache, aber mit wichtigen rechtlichen Wirkungen (vgl. oben §. 37). Anders faßt Beseler im ersten Capitel des dritten Bandes der Erbvertr. diese Einheit auf. — Daß nur der hohe Adel hierher gehört, hat darin seinen Grund, daß nur dessen Familien in Folge ihrer geschichtlichen Auszeichnung und ihrer öffentlichen Stellung als frühere oder jetzige Regentenhäuser diese Anerkennung als Gesammtindividuen errungen haben. Nur sie besitzen vermöge ihrer festen Organisation die für Jahrhunderte verbürgte Individualexistenz, wie sie die Voraussetzung eines Rechtsverhältnisses ist, dessen praktischer Erfolg schon nach der Voraussicht bei der ersten Gründung vielleicht erst nach Jahrhunderten eintreffen wird. Bei Familien des Bürgerstands und des niederen Adelsstands trifft dieß nicht zu. Ähnliche Erscheinungen bieten die Eventualrechte von Familien und Linien des niederen Grundadels allerdings; aber in der Regel beruhen sie doch nur auf Theilungsverträgen und Stammgutsstiftungen, also auf Dispositionen, welche aus einem Stiftungswillen innerhalb der Familie selbst hervorgingen, nicht auf Verträgen, bei welchen sich zwei oder mehrere ganz unabhängige Familien, als selbständige Individuen gegenüber standen.

Rechtsgeschäft voraussetzt, kann nur für die Verhältnisse des hohen Adels gerechtfertigt werden; nur hier erkennt das Recht die Möglichkeit einer Verpflichtung der Nachkommen durch den von der Gesammtheit der gegenwärtigen Familienglieder ausgesprochenen auf Begründung einer Erbverbrüderung gerichteten Willen an[4]).

Dieses Rechtsgeschäft, welches heutzutage als Erbeinsetzungsvertrag aufgefaßt wird, hatte ursprünglich, je nach der besonderen Form des die Succession zusichernden Actes, einen anderen Charakter[5]). Bei Allodialgütern wandte man die Vergabung von Todes wegen mit sofortiger Uebertragung einer Gewere, bei Lehngütern die Eventual- oder Gesammtbelehnung durch den Lehnsherrn an; das Dasein des eventuellen Rechts wurde bisweilen selbst durch eine vorläufige Huldigung des zukünftig anfallenden Landes[6]) dargestellt, und die Verbrüderung der Häuser noch durch weitere Verbindungen (Erbeinigungen[7])) befestigt. Heutzutage ist zur Abschließung einer Erbverbrüderung regierender Häuser die Erfüllung der Bedingungen nothwendig, von welchen die Entstehung eines Verfassungsgesetzes abhängig ist.

2) Erbverzicht[1])

§. 264.

Ein Erbvertrag kann durch einen Verzicht des Bedach-

---

4) S. oben §. 29 u. 37.

5) Beseler I §. 13.

6) Ferner durch Auflegung eines Zinses, Aufnahme der Wappen und Titel. Daß hierin auch für die ältere Zeit kein Gesammteigenthum liege, welches Beseler zwar nicht für die Gegenwart, wohl aber für die ältere Zeit annimmt, hat ausgeführt Duncker Gesammteigenthum S. 138 flg.

7) Erbliche Schutz- und Trutzbündnisse, Ganerbschaften.

1) Außer den Erbverzichten adeliger Töchter kommen am frühsten

ten auf die Erbeinsetzung wieder aufgehoben werden, so daß die Dispositionsbefugniß des künftigen Erblassers wieder frei wird. Insofern es denkbar ist, daß sich Jemand im Verfügungsrecht über sein Vermögen auch durch das Dasein von gesetzlichen Erben und insbesondere Notherben beschränkt fühlt, ist eine Interesse möglich, auch diese Schranke durch einen Vertrag mit dem Berechtigten zu heben, in welchem der Letztere

---

Erbverzichte bei der Abschichtung der Kinder aus den väterlichen Gütern vor, mit denen sie jedoch keineswegs nothwendig verbunden waren. Sachsensp. I, 13. Beseler III S. 309 flg. Ihre spätere Geschichte in der Doctrin ist ganz analog der der Erbeinsetzungsverträge, denen sie als renunciative Erbverträge zur Seite gesetzt wurden. Nur über den Begriff ist man noch jetzt nicht einig; während sie von Manchen als pacta de hered. tertii (Reyscher Würtemb. Pr.-R. §. 696) angesehen werden, also als Verträge, durch welche sich Jemand zur Herausgabe einer angetretenen Erbschaft verpflichtet, beurtheilen sie Andere als Verträge, durch welche sich Jemand dem Erblasser gegenüber verpflichtet, die Delation seiner Erbschaft auszuschlagen (Albrecht in Schneider's Jahrbb. 1842 S. 349). Jene Ansicht würde also den Erbverzicht aus dem Bereiche der eigentlichen Erbverträge ausschließen; diese aber läßt sich civilistisch in keiner Weise begründen. Das Richtige ist, den Erbverzicht als einen Vertrag (ohne obligatorischen Charakter) über das schon jetzt vorhandene Recht auf ein zukünftiges Erbrecht anzusehen, wie dieß auch von Beseler III. S. 233 geschieht; nur hat dieß, was Beseler freilich übersieht, als Inhalt eines Vertrags mit dem Erblasser nur dann einen juristischen Sinn, wenn man dieses Recht in seiner die Dispositionsbefugniß des Erblassers beschränkenden Wirkung zum Inhalt des Geschäfts macht. Hiernach ist der Erbverzicht das Geschäft, in welchem der künftige Erbe auf die aus dieser Eigenschaft hervorgehenden Beschränkungen des künftigen Erblassers verzichtet. — Keine Erbverzichte sind jedoch die Einwilligung der nächsten Erben in die Veräußerung des Grundeigenthums; die entgegengesetzte Ansicht Siegel's (Erbrecht S. 124 Note 500) beruht auf der einseitigen Meinung, daß jene Rechte der nächsten Erben nur das Mittel zur Erhaltung ihres künftigen Erbrechts (eine Wirkung des Wartrechts) seien, — eine Meinung, die ohnedem mehr den Schein einer Erklärung als eine wirkliche Erklärung jener Rechte enthält.

auf sein Recht zur künftigen Beerbung verzichtet[2]). Solche Erbverzichte läßt die deutsche Praxis mit der Wirkung zu, daß dadurch das gesetzliche Recht Jemandes zur Beerbung des andern Contrahenten wegfällt, mithin einem solchen Verzichtenden die Erbschaft gar nicht deferirt wird[3]); eine besondere Form, z. B. eidliche Bestärkung[4]), ist für dieß Rechtsgeschäft nicht erforderlich.

Eine Singularität der beim hohen Adel und der ehemaligen reichsunmittelbaren Ritterschaft üblichen Erbverzichte der Töchter zu Gunsten des Mannsstamms ist die Wirksamkeit derselben auch für die gesammte Descendenz der Verzichtenden. Der Gebrauch solcher Verzichte hat heutzutage, da der Begriff des Stammguts als Rechtsinstitut ausgebildet ist, nur die Bedeutung, daß der Inhalt einer bestehenden Rechtsnorm als Inhalt eines Rechtsgeschäfts wiederholt wird; es müßte denn sein, daß der Verzicht sich auch auf die übrige

2) Ein Erbverzicht auf eine testamentarische Einsetzung kann nach der Natur jenes Geschäfts in keiner reellen Bedeutung gedacht werden.

3) Der Einfluß des Verzichts eines Intestaterben auf die Berechnung der Größe des Pflichttheils der übrigen ist derselbe, den eine Enterbung ausüben würde. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß ein Erbverzicht nicht auf die Nachkommen des Renuncianten wirkt, wenn dieser vor dem Erblasser versterben sollte (s. darüber Beseler a. a. O. S. 250 flg.), da jene ihr Recht nicht von diesem ableiten. (Uebereinstimmend ist Walter D. Pr.-R. §. 438, 1; nur fügt er unbegreiflicher Weise hinzu, daß vor ihm der Grund dieser Entscheidung nicht erkannt worden sei. Ist er bei mir nicht klar genug angegeben?) Eine vom Renuncianten ererbte Abfindung müssen sie conferiren. — (Ich verstehe nicht, wie Beseler System II. §. 161 N. 9 sagen kann, daß ich die Folge des Erbverzichts ausschließe, nach welcher der Renunciant ganz aus der Reihe der Erben ausfalle; da der Text das Gegentheil ausspricht, so muß hier bei Beseler ein Versehen obwalten.)

4) Diese wurde früher allgemein gefordert, um einen Anhalt für die Geltung der Erbverzichte gegen die Verbote des römischen Rechts zu gewinnen. Beseler S. 242 flg.

Erbschaft außer den Stammgütern bezöge, und keine besondere Rechtsvorschrift auch in Beziehung auf diese das Erbrecht der Töchter ausschließt. Die sehr häufig beigefügte Clausel „auf den ledigen Anfall" hat daher bei dem Erbverzichte in Beziehung auf Stammgüter keine besondere Wirkung; sie spricht nur aus, was von selbst aus der regelmäßigen Successionsordnung hervorgeht[5]). Die Regredienterbin wird also trotz jener Clausel von der Erbtochter ausgeschlossen[6]). Ob dieß auch bei Erbverzichten adeliger Töchter aus älterer Zeit anzunehmen sei, hängt (abgesehen von der Interpretation der Worte) von der Beantwortung der Frage ab, inwieweit zur Zeit des Verzichts ein Erbrecht der Töchter

---

5) Nach der regelmäßigen Successionsordnung geschieht aber die Delation immer zuerst den dem letzten Inhaber am nächsten Verwandten, folglich der Erbtochter vor der Regredienterbin; §. 251 Note 2.

6) Reyscher Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 6 S. 257 flg. und Bd. 15 S. 1 flg. Diese Frage, welche sich für heutzutage gegebene Verzichte leicht beantwortet, ist oft schwer zu entscheiden für Verzichte, die aus alter Zeit stammen, weil die Erbrechte der Töchter im Lauf der Zeit an Umfang und Bedeutung verschieden waren. Während im späteren Mittelalter schon das deutsche Recht den Töchtern allgemein ein Erbrecht zuerkannte (§. 251 Note 5), wurde dieß später im Bereiche des sich seit dem vierzehnten Jahrhunderte bildenden Adelsrechts im Interesse des Familienglanzes wieder geschmälert; die Mittel hierzu waren vorzüglich die Erbverzichte der Töchter, welche nach Familienherkommen und autonomischen Satzungen oft als eine Zwangspflicht vorgeschrieben waren, bis daraus der Ausschluß der Töchter zur objectiven Rechtsnorm wurde. Daneben blieben aber die einmal gebräuchlichen Erbverzichte häufig als Scheingeschäfte bestehen. Dieser geschichtliche Zusammenhang wurde sehr häufig verkannt, und deshalb eine oft unlösbare Verwirrung in die Rechtsverhältnisse gebracht. S. Eichhorn Rechtsgesch. §. 454. 540. 541. Beseler III. S. 259 flg. Neurath von der Regredienterbschaft und den dabei vorkommenden Rechtsfragen. 1807. Die Beurtheilung der Wirksamkeit eines solchen Verzichts aus alter Zeit ist durchaus quaestio facti. Ueber das s. g. Geislinger Statut der Reichsritterschaft v. 1653 s. Reyscher a. a. O. (Bd. 15).

vorhanden war, inwieweit es diesen also frei stand, die Wirkung des Verzichts zu beschränken.

III) Testamentarische Erbfolge.

§. 265.

Als im Mittelalter[1]) allmählig die Testamente, besonders unter dem Schutze der Geistlichkeit, in Deutschland gebräuchlich wurden, war es nicht die Erbeinsetzung durch den bloßen Willen des Testators, sondern nur die bequeme Form der Einseitigkeit und Widerruflichkeit für Zuwendungen auf den Todesfall, welche man in ihnen annahm[2]). Der Inhalt dieser s. g. „Geschäfte" waren daher jene Zuwendungen einzelner Sachen, wie sie dem Charakter des älteren deutschen Erbrechts entsprachen, und noch heutzutage haben manche Statuten[3]) diesen Standpunct bewahrt. Dagegen wurde mit

---

1) Schon in einzelnen Volksrechten (L. Burgund. 60, 1) wird der Gebrauch der Testamente erwähnt, namentlich bei den Völkern, welche mit den Römern in nähere Verbindung traten. Aber diese Bekanntschaft mit dem römischen Institute blieb ohne Wirkung, da jener Gebrauch bald wieder verschwand. Eichhorn Rechtsgesch. §. 202. Beseler Erbvertr. I. S. 244 flg. (S. das. S. 248 über die Anwendung der Testamente zu den s. g. Seelgeräthen.)

2) Eichhorn Rechtsgesch. §. 374. 455. Albrecht Gewere S. 209—217. Beseler a. a. O. §. 14. Besonders aber Pauli Abhandl. aus dem Lübischen Rechte III. S. 156 flg. Euler Beitrag zur Gesch. der Testam. in Frkfrt. a. M. (1852) im Archiv f. Frankf. Gesch. und Kunst 5. Heft. Daß die im Texte angegebene Auffassung die allgemeine gewesen, ist wohl unzweifelhaft. Dagegen ist es oft sehr schwer, zu bestimmen, ob im einzelnen Falle ein solches Testament oder eine s. g. Vergabung von Todes wegen in ihrer späteren abgeschwächten Form vorhanden sei, da sich beide Geschäfte sehr nahe kommen, und im Bewußtsein der Handelnden noch oft das alte Geschäft vorherrschte, während vom Testamente nur die Form gewählt wurde.

3) So das Hamburg. Stadtr. III, 1, 22 und das Lübische Recht (Pauli a. a. O. S. 230—234). Dagegen hat die Beschränkung der

der Anerkennung des römischen Erbrechts auch das eigentliche römische Testament gemeinrechtlich aufgenommen. Durch die neuere Praxis hat dieß in der Einführung einer Art der öffentlichen und in der Zulassung wechselseitiger Testamente eine Fortbildung[4]) erfahren; auch hat die Willkür der Particularrechte eine große Mannigfaltigkeit der Formen, besonders für privilegirte Privattestamente hervorgerufen[5]). Eine Veränderung liegt ferner in der Möglichkeit der Concurrenz eines Erbvertrags mit einem Testamente, indem dadurch die Regel beschränkt wird, daß über ein Vermögen nicht nur theilweise testamentarisch verfügt werden dürfe[6]).

In einem inneren Zusammenhange mit den alten Salmannen und Treuhändern stehen die in Deutschland seit der Einführung der Testamente üblichen Testamentsexecutoren, deren Aufgabe es ist, den im Testamente ausgesprochenen Willen zum Vollzug zu bringen[7]). Insofern dieß an und für

---

Testamentifaction der Frauen im Lübischen Recht II 1, 14 wohl keine deutschrechtliche Wurzel; s. Pauli S. 369 flg. und Schneider's kritische Jahrbb. für d. Rechtsw. 1848 S. 759 flg. Mit der älteren Auffassung der Testamente hängt auch die hie und da auf Testamente übertragene Forderung des Nachweises physischer Kräfte bei der Testamentserrichtung zusammen; Pauli a. a. O. S. 199—201 und Eichhorn Einl. §. 350 Note d.

4) Die Darstellung dieser inneren Fortbildung der Testamente gehört in das System des heutigen römischen Rechts.

5) S. Ortloff Grundzüge S. 577 Note 9. Hahn de diversis testamentorum formis, quae in Germania obtinuerunt observationes. Jenae 1847.

6) S. §. 258 Note 7.

7) Das Bedürfniß solcher Executoren war nicht bloß ein besonders dringendes, sondern auch ein ganz eigenthümliches, wo nach der älteren Auffassung der Testamente der eingesetzte Erbe fehlt und somit der Erblasser keinen Repräsentanten hatte. Wie in solchen Fällen der Executor diese Aufgabe der Repräsentation übernahm, dabei eine in die Vogtei übergehende, sehr weit greifende Wirksamkeit erhielt, wie dieß ferner in

sich Sache der Erben ist, sind sie Repräsentanten der Letztern. Sie können von den Erben selbst, oder auch, und dieß ist die Regel, vom Erblasser bestellt werden, und zwar 1) durch ein gewöhnliches Mandat[8]), oder 2) durch das Testament. Im letzteren Falle kann der Antrag a) mit einem Vermächt=

Lübeck mit der Erhaltung des alten Erbrechts bewahrt worden ist, hat Pauli a. a. O. S. 306 flg. in einer trefflichen Ausführung gezeigt. Der Gedanke, daß der Executor den Erblasser repräsentire, wie ihn Pauli namentlich S. 330. 331 ausgesprochen hat, ist für jenes ältere Testament ganz richtig. Nun hat ihn neuerdings Beseler (Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 9 S. 173 flg.) benutzt, um ihn zum gemeinrechtlichen Princip der Lehre von den Testamentsexecutoren zu machen. Nach ihm soll heutzutage sich die Repräsentation des Erblassers in eine formelle und eine materielle theilen; jene übernehme der Executor, diese der Erbe; der Executor sei gewissermaßen der formelle Erbe und das Princip liege mithin in einer durch das neuere Recht erweiterten Testirfreiheit. Dieser Gedanke ist wohl unrichtig. Zunächst ist eine Theilung der Persönlichkeit des Erlassers in eine formelle und materielle, wie sie aus dieser Ansicht folgen würde, nicht wohl denkbar. Dann fragt sich, worin zeigt sich die s. g. formelle Repräsentation? In der Vertheilung und Administration des Nachlasses? Aber diese übernimmt der Executor nicht als Repräsentant des Erblassers, sondern der Erben, welche jene im Falle, daß kein Executor vorhanden wäre, selbst ausführen müßten. Der Erblasser kann so nicht repräsentirt werden, weil, so lange er lebt, keine Erbschaft vorhanden ist, und der Verstorbene nicht als die Erbschaft theilend gedacht werden kann. Die Verbindung des Erblassers mit dem Executor ist nur diese: jener giebt diesem den Auftrag, ein Geschäft im Namen der Erben vorzunehmen. Die Polemik Beseler's gegen die Unterstellung des Verhältnisses unter das Mandat würde nur dann richtig sein, wenn man diesen Zusammenhang verkennen, oder das Mandat als den alleinigen Entstehungsgrund ansehen wollte. — S. auch das Urtheil in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. für d. K. Sachsen v. Tauchnitz. N. F. Bd. 18 S. 502 (1859). S. überhaupt Mühlenbruch Forts. v. Glück's Comment. 43 S. 390 flg.

8) Vgl. L. 12 §. ult. L. 13. L. 27 Dig. mand. (17, 1). Ueber die Möglichkeit dieses mandatum post mortem s. v. Scheurl Beiträge zum R. R. 1852 S. 107.

niß verbunden[9]), oder b) ohne diese Verbindung ausgesprochen sein (analog der Ernennung eines Vormunds[10])), und es steht dann dem Ernannten frei, den ausgesprochenen Auftrag anzunehmen oder nicht. Im ersten Falle (Nr. 1) haftet der Executor den Erben als Mandatar, im letzten (Nr. 2, b) quasi ex mandato; die Erben können dagegen sein Recht, seine Legitimation, nicht bestreiten, weil sie die Erbschaft nur in der Art und Form erlangen, welche der Testator gewollt hat. Der Umfang der Thätigkeit des Executors wird durch die Instruction (es giebt Universal- und Specialexecutoren), und, wenn keine solche vorhanden ist, durch die Natur der besonderen Verhältnisse, welche er ordnen soll, bestimmt. Er ist daher zur Inventarisation, Regulirung und Vertheilung der Erbschaft, und unter Umständen[11]) auch zur Verwaltung und Proceßführung legitimirt, dann aber auch zur Rechnungsablegung verpflichtet.

---

9) Unterholzner's Lehre v. d. Schuldverhältnissen II. §. 617. S. §. 21. Inst. de legat. (2, 20). L. 12 §. 4. L. 14 §. 2 Dig. de relig. et sumt. funer. (11, 7).

10) Nur diese Analogie der Vormundschaft (also in Betreff der Entstehung des Verhältnisses) darf angenommen werden.

11) Welches sind diese Umstände? Dieß ist quaestio facti. Es kann die Aufgabe, einen zerstreuten Nachlaß zusammenzubringen, auch die Legitimation zum Proceß enthalten. Aber in keinem Falle darf man Beseler beistimmen, der (a. a. O. S. 218) dem Executor ganz allgemein das Recht zuschreibt, im Interesse der Erbschaft Processe zu führen.

Zweites Capitel.

Das successive Erbrecht.

(Successio ex pacto et providentia majorum.)

Einleitung.

§. 266.

Es ist ein sowohl im longobardischen als im deutschen Lehnrechte anerkannter Grundsatz, daß die Succession in das Lehen etwas Selbstständiges und mit der landrechtlichen Erbfolge in keinem inneren Zusammenhange Stehendes ist; nur das Lehen und die mit ihm verbundenen Rechtsverhältnisse werden auf den Nachfolger nach einem eigenthümlichen Successionsrecht übertragen, und zwar ist der Anspruch des Letzteren von der Einwirkung des Vorgängers unabhängig, da dieser weder das Lehen entziehen [1]), noch seine rechtliche Beschaffenheit im Wesentlichen verändern darf. Indem daher die Lehnfolge jedes Agnaten immer wieder auf den ersten Erwerber als den gemeinschaftlichen Stammvater [2]) zurückgeführt wird, hat man sie im Gegensatze zur landrechtlichen Erbfolge als eine Successio ex pacto et providentia majorum charakterisirt [3]). Damit ist namentlich der Umstand her-

---

1) Ausnahmen s. im §. 127 Note 4 und §. 126 Note 11.

2) II. feud. 11 §. 1. I. feud. 14 §. 1.

3) Zu dieser Bezeichnung hat schon die Glosse zu I feud. 1 §. 2 und II feud. 45 Veranlassung gegeben. Ausgebildet ist das Princip schon bei den mittelalterlichen Feudisten: Andr. de Isernia in us. feud. comm. (Frankf. 1598) p. 536 (daselbst beruft er sich sogar auf Bulgarus und Pillius); Matth. de Afflictis super III feud. lib. comm. (Frankf. 1598) p. 111. 112. 573 u. a. a. O.; J. Alvarotti Lectura (Frankf. 1587) p. 237. Ausführliche Untersuchungen über die Literärgeschichte dieses Begriffs enthält das gute Buch: Hartmanni Pistoris quaestiones juris L. 2 (Lips. 1582) p. 11 u. flg., wo der Ausdruck successio ex pacto et pr. maj., der sich in den Quellen selbst nicht

vorgehoben, daß die Lehnsfolge keine Repräsentation des letzten Inhabers enthält, daß der jeweilige Lehnsbesitzer kein in seiner Persönlichkeit aufgehendes Recht hat[4]).

---

findet, richtig ein nomen commentitium genannt, aber als passend anerkannt wird.

4) Das Gegentheil finden Viele in Bezug auf die Kinder des defunctus ausgesprochen in II feud. 45 (vgl. II feud. 51 §. 4): Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine solvere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur. Ubi vero filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, et licet alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consentientibus, poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo beneficio investire, quo facto licebit ei repudiata hereditate feudum tenere, nullo onere ei hereditario imminente. Bei unbefangener Prüfung dieser Stelle ergiebt sich, daß in ihr ebenso wie sonst die Lehnssuccession von der Allodialsuccession getrennt und beide sich gegenüber gestellt werden; der Agnat soll nun die eine ausschlagen und die andere annehmen können, der Sohn dagegen beide verbinden müssen. Aus welchem inneren Motive diese Bestimmung hervorgegangen ist, ob namentlich dabei eine Erinnerung aus l. 2 D. de acqu. v. om. her. (29, 2) hier gewirkt hat, welche Bestimmung aus Rücksichten der Pietät hier besonders passend erscheinen mochte, das ist im Wesentlichen gleichgültig; immer handelt es sich hier nur von einer durchaus äußerlichen, obschon nothwendigen Verbindung zweier innerlich verschiedenen Erbrechte, und die hauptsächlichste Rücksicht, welche die Stelle beherrscht, ist die Frage nach der Verpflichtung zur Zahlung der Allodialschulden des Defunctus, welcher sich der Sohn nicht entschlagen soll. Beim Agnaten tritt die Regel hervor; für den Sohn wird eine Singularität eingeführt, nämlich die nothwendige Verbindung beider Successionen. Die Folge davon ist die, daß der Sohn Veräußerungen des Defunctus nicht widerrufen und seine Handlungen anerkennen muß, denn er ist ja zugleich sein Erbe. Dieß ganz einfache, schon von Hartmann Pistoris quaest. jur. II p. 123 richtig erkannte Verhältniß wird von Vielen verkannt. Eichhorn

Aber diese Charakteristik ist nur eine negative; es bedarf einer weiteren Bestimmung der Natur der Lehnsfolge, um ihr inneres Princip festzustellen. Dieß hat man häufig dahin ausgesprochen, daß die Lehnsfolge eine Singularsuccession sei. Aber auch dieß ist offenbar nur eine richtige Verneinung in der Form einer unrichtigen Behauptung. Diese Ansicht ist richtig, sofern darin nur gesagt sein soll, daß die Lehnsfolge keine Universalsuccession in das Vermögen des verstorbenen Vasallen sei; es ist aber unrichtig, zu sagen, daß sie deshalb eine Singularsuccession in Bezug auf einen Vermögenstheil des Letzteren enthalte. Denn die Lehnsfolge ist nicht der Erwerb einer einzelnen Sache, es geht eine Menge von Verpflichtungen und Forderungen, es geht in der That ein Vermögen auf den Nachfolger über, nur nicht das des letzten Besitzers, sondern des ersten Erwerbers, an welchen die Successio ex p. et pr. maj. die Lehnsfolge anknüpft. Sonach enthält die Lehnsfolge eine Universalsuccession in das Vermögen

---

Einl. §. 353 (um ihn statt Aller zu nennen) gründet darauf die Behauptung, die Lehnssuccession sei eine andere bei den Agnaten, eine andere bei Söhnen; bei jenen eine Singular-, bei diesen eine Universalsuccession in das Vermögen des Verstorbenen. Ebenso Michelsen Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 5 S. 210 flg. Diese Ansicht ist gewiß unrichtig; sie würde, was ihre Vertheidiger sich freilich nicht klar gemacht haben, zu dem Resultate führen, daß das Lehen in der Hand eines Besitzers, der einen Sohn hat, alle rechtliche Eigenthümlichkeit verliere, in seiner Persönlichkeit aufgehe, mit dem übrigen Nachlasse juristisch eins sei, während es diese Selbstständigkeit wieder erlange, wenn zufällig kein Sohn vorhanden wäre. Die richtige Interpretation ergiebt nur dieß: auch wenn ein Sohn Lehnserbe ist, bleibt die Lehnssuccession in ihrer Besonderheit bestehen, nur soll dann die Allodialsuccession stets damit verbunden werden; diese Verbindung ist aber nur eine äußere. (Jene oben angeführte unrichtige Ansicht führt auf den Standpunct der veralteten Controverse über die Eintheilung in feudum hereditarium und f. ex pacto et prov. maj. zurück.)

des ersten Erwerbers[5]), eine Repräsentation von dessen Persönlichkeit, welche jeder Lehnsfolger an seine Persönlichkeit anschließt, ohne sie mit dieser zu vermischen; bei jedem Successionsfalle wird daher die Persönlichkeit des ersten Erwerbers in ihrer Ursprünglichkeit von Neuem übernommen, die Lehnsfolge ist mit andern Worten ein successives Erbrecht[6]). Nur ist es natürlich, daß die Reinheit des in steter Succession

5) Die bei Mayr Lehnr. S. 179 vorgetragene Ansicht Albrecht's will die Agnaten nicht als Erben des ersten Erwerbers, sondern überhaupt als Erben ihrer Ascendenten berufen. Der Grund, daß sie eine von ihren Ascendenten consentirte Lehnsschuld nicht revociren können, ist schon oben §. 127 Note 4 gewürdigt worden. Wie sich diese Ansicht aber auf I feud. 14 §. 1 und I feud. 19 §. 1 stützen soll, ist nicht wohl begreiflich, da diese Stellen gerade die im Texte gegebene Ansicht unterstützen. Ueberhaupt ist diese Meinung nicht so mitgetheilt, daß sie ganz verständlich wäre. — Aus dem deutschen Rechte des Mittelalters kann man gegen die im Texte ausgeführte Ansicht keinen Einwand entlehnen; denn das deutsche Lehnserbrecht ist ebenso unausgebildet als dessen landrechtliches Erbrecht, und für beide müssen wir die Mittel zur juristischen Construction aus der Betrachtung der uns überlieferten Materialien nach den Forderungen der heutigen Rechtswissenschaft schöpfen. Sehr richtig drückt den obigen Gedanken schon Hartmann Pistoris a. a. O. p. 20 flg. aus, indem er sagt: „quoties feudum alicui et successoribus conceditur, tum unicuique censetur saltem ad vitam ita concessum, ut post mortem primi ex eadem concessione perveniat ad secundum et sic deinceps, atque ideo tot intelligantur esse donationes, quot personae.“ Diese Auffassung war seit der Glosse die allgemeine, und zwar war sie eine dem Verhältniß durchaus entsprechende, was Eichhorn Rechtsgesch. §. 566 ohne Grund bestreitet. — Vgl. auch Gerber Zeitschr. f. Civilr. und Proceß. N. F. Bd. 11 Heft 2 S. 198 flg.

6) Dieser Ausdruck (analog dem Ausdruck successives Vermächtniß), welcher unter den mehreren denkbaren wohl der beste ist, bezeichnet ziemlich alle Seiten des Verhältnisses. Wenn Roth (mecklenburgisches Lehnrecht S. 125 Note 2) meiner Auffassung entgegenhält, sie enthalte einen inneren Widerspruch, weil sie eine dem älteren deutschen Rechte unbekannte Einheit des Vermögens voraussetze, so vergißt er, daß meine Ansicht nicht auf das deutsche, sondern auf das longobardische Lehn=

vererbten Vermögens bei dessen fortgesetztem Durchgang durch die Persönlichkeiten der Lehnsfolger nicht ganz gewahrt werden kann; es wäre undenkbar, daß die sich immer wiederholenden Besitzveränderungen ohne sichtbare Spuren vorübergehen sollten.

Das Lehnserbrecht bezieht sich aber bloß auf die in dem Lehnsvermögen substantiirte Persönlichkeit des ersten Erwerbers; es ist daher nothwendig, eine zweifache Persönlichkeit des Letzteren anzunehmen. Dieß wird möglich durch Aneignung der eigenthümlichen Anschauungsweise des Lehnrechts im longobardischen und deutschen Rechte, wonach es eine vom Landrecht ganz geschiedene Sphäre des Handelns und Erwerbens ist, so daß in beiden Kreisen eine völlige Selbstständigkeit der Persönlichkeit Statt findet.

Dieß für das Lehnrecht ausgebildete Princip der Erbfolge ist auf das Institut der Familienfideicommisse übertragen worden. Was dort auf einem natürlichen Boden ruht, ist hier künstlich und durch Fiction nachgebildet; denn nur das Lehnrecht läßt jene eigenthümliche Erscheinung einer Trennung der Persönlichkeit erklären.

I. Die Lehnserbfolge.

Allgemeines.

§. 267.

Die Lehnserbfolge ist die Succession in das Lehnsvermögen des zuerst damit belehnten Vorfahren. Ihre Veranlassung liegt in dem Aufhören des Rechtes eines Vasallen, mag dieß auf dessen Tode oder einer sonstigen Ursache beruhen[1]). Zur

---

recht und seine Glosse gestützt ist, der jener Begriff sehr wohl bekannt war.

1) Keine Lehnserbfolge ist dagegen die Erwerbung des Lehens durch Eintritt der Wirksamkeit einer Eventualbelehnung, oder auf dem

Lehnserbfolge berufen ist nur ein bestimmter, sehr enger Kreis von Blutsverwandten, und unter diesen nur Diejenigen, welche einigen weiteren Voraussetzungen genügen; die Erfüllung aller dieser Bedingungen begründet das Lehnsfolgerecht[2]). Die Reihenfolge, in welcher das Lehnsfolgerecht der Einzelnen zur Ausübung kommt, bestimmt eine eigenthümliche Successionsordnung.

A. Das Lehnsfolgerecht.

1) Nach longobardischem Rechte.

§. 268.

Zur Lehnsfolge berufen sind nur die Descendenten des zuerst Investirten, also nur Diejenigen, für welche das Lehen ein paternum ist. Seitenverwandte, welche nicht vom ersten Belehnten abstammen, haben kein Successionsrecht, denn für sie ist das Lehen ein novum[1]); es kann aber auch für sie

---

Wege einer Veräußerung, mag diese in einem Geschäfte unter Lebenden oder auf den Todesfall bestehen; immer ist dieß die Begründung eines ganz neuen Lehnrechts. Daher ist die Unterscheidung zwischen einer successio feudalis ordinaria und extraordinaria unrichtig.

2) Die Aufstellung eines Unterschieds zwischen Lehnsfolgerecht und Lehnsfolgeordnung ist völlig begründet, und zwar nicht bloß als ein doctrineller Gebrauch. Denn alle Lehnserben sind solche schon durch ihre Geburt; ihr Recht ist schon vorhanden, wenn es auch successiv, d. h. erst nach dem Wegfalle der durch die Successionsordnung näher Berechtigten zur Wirksamkeit kommt. Das Recht der Lehnserben ist also vor dem Eintritt seiner Wirksamkeit nicht gleich jenem bloßen Hoffnungsrechte eines Verwandten auf die zukünftige Intestaterbschaft, sondern es ist ein wirkliches Recht, da schon ein Erblasser und eine nach ihrer ganzen Bedeutung bestimmte Erbschaft vorhanden ist, obschon seine Ausübung noch suspendirt bleibt. Dieses Recht erzeugt aber auch schon vor dem Eintritt seiner Wirksamkeit bestimmte Folgen, z. B. das Revocationsrecht der Agnaten.

1) I feud. 1 §. 1. I feud. 14. II feud. 11 u. s. w. Ueber eine Erleichterung des Beweises, daß das Lehen ein paternum sei, s. I feud. 4 §. 2, I feud. 12.

den Charakter eines paternum durch Fiction eines belehnten Stammvaters erlangen, als welcher dann in der Regel der nächste höhere nach dem ersten Erwerber anzunehmen ist (feudum novum jure antiqui concessum[2])). Ascendenten sind hiernach von der Lehnsfolge ausgeschlossen[3]): nur gestattet das Lehnrecht[4]), daß ein Vater sich mit Zustimmung des Lehnsherrn den Rückfall eines an den Sohn refutirten Lehens für den Fall, daß dieser früher versterbe, vorbehält. Soll aber die Eigenschaft Jemandes als Descendent des ersten Lehnsbesitzers das Lehnsfolgerecht gewähren, so muß sie sich auf leibliche Abstammung aus bürgerlich gültigen und standesmäßigen Ehen stützen, weshalb weder Adoptirte[5]), noch aus einer morganatischen Ehe oder Mißheirath Stammende[6]), noch uneheliche Kinder, selbst wenn sie später legitimirt wurden[7]), zur Succession berufen sind.

2) S. auch Eichhorn Einl. §. 352 Note m. A. M. Pätz Lehnr. S. 240. Eine Ausdehnung dieser Fiction auf den höchsten Stammvater begründet ein s. g. Schild- oder Geschlechtslehen.

3) II feud. 50: Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio.

4) II feud. 84, Ortloff Grundzüge S. 599.

5) II feud. 26 §. 8.

6) II feud. 29.

7) Die entscheidende Stelle ist II feud. 26 §. 10: Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur (die soli sind nicht die per rescriptum und die alii nicht die p. subs. matr. Legitimirten, wie man angenommen hat; bei aliis ist zu ergänzen: sc. legitimis, und der Gegensatz ist der: weder ohne noch mit ehelichen Desc.). Trotz dieser Stelle ist sowohl in älterer als neuerer Zeit die Lehnssuccessionsfähigkeit wenigstens der p. subs. matr. Legitimirten so häufig behauptet und in Particularrechten anerkannt worden, daß für mehrere Jahrhunderte (das 16. — 18.) diese Meinung als die herrschende betrachtet werden muß, während in neuerer Zeit, besonders seit Eichhorn (Einl. §. 354, d), die entgegengesetzte Ansicht an Raum gewonnen hat, bis ihr zuletzt die Schrift von Dieck (Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. 1832)

Eine allgemeine Voraussetzung des Lehnsfolgerechts ist die **Lehnsfähigkeit**; fehlt diese beim Successionsfalle, so geht die Lehnsfolge auf den nächsten Berechtigten über, dem sie durch den Lehnsherrn nicht einseitig zu Gunsten des Lehnsunfähigen entzogen werden kann. Indessen lassen neuere Particularrechte bei manchen Arten der Lehnsunfähigkeit mildere Grundsätze eintreten[8]); auch kann sogar die Unfähigkeit der Weiber und Cognaten, in Lehen zu succediren, im Lehnsver-

---

wieder einige Gegner hervorgerufen hat. 1) Man hat versucht, den Lehntext ganz wegzuräumen, indem man ihn so interpretirte, daß er nicht auf uneheliche, sondern auf Kinder aus nicht ebenbürtigen Ehen nach den Grundsätzen des älteren lombardischen Rechts zu beziehen sei; s. Dieck in der Revisionsgegenschrift in der Bentinck'schen Streitsache (1844) S. 209 und in der Revisionsduplik (1846) S. 300 flg., sowie bei Michaelis Votum in dem Reichsgräfl. Bentinck'schen Erbfolgestreit (viertes Heft 1848). Allein dieser Interpretationsversuch scheint mir mißlungen zu sein; die hauptsächlich zur Unterstützung angeführte Stelle (Leg. Luitprandi Lib. VI. c. 53) setzt gerade die Nichtehe („quasi uxorem habuerit") der wirklichen Ehe entgegen, was freilich Dieck bestreitet. S. jetzt auch Wilda in der Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 15 S. 284. 2) Die Nachweise, daß jedenfalls im sechzehnten Jahrh. die Mehrzahl der Juristen sich der Ansicht für die Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder zuneigte, können nicht als Beweis eines Gewohnheitsrechts gelten, da ein fortwährendes Schwanken sichtbar ist, und die Meinungen der Juristen in der Regel auf das caput naturales zurückgehen, welches sie nur theoretisch wegzuräumen bemüht sind. Demnach stehen wir jetzt dieser Quelle eben so nahe, als jene Vorgänger; eine neue Rechtserzeugung liegt nicht dazwischen. 3) Auch kann nicht angenommen werden, daß durch das cap. 6 X 4, 17 eine Nothwendigkeit gegeben sei, ein entschiedenes Princip der Rechtsbücher des Mittelalters bei einem Rechtsverhältnisse zu verlassen, welches sich als ein eigenthümliches bewahrt und von der Einwirkung des fremden Rechts im Wesentlichen frei erhalten hat. S. auch Wilda in der Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 4 S. 300 flg.

8) Höhere Geistliche und Mitglieder der geistlichen Ritterorden hat man im späteren Mittelalter zur Lehnsfolge zugelassen; protestantische Geistliche werden schon durch Niederlegung ihres Amtes dazu fähig. S. Schnaubert Erläut. des Lehnr. S. 453—460. Ueber Gebrechliche, welche particularrechtlich zur Succession gelassen werden (Pr. Landr. I,

trage aufgehoben werden (feudum femininum, Weiberlehen), was stillschweigend erfolgt, wenn die erste Verleihung an ein Frauenzimmer geschah (feudum femineum[9])).

2) Nach deutschem Rechte.

§. 269.

Das deutsche Recht beruft nur die Söhne eines Vasallen zur Lehnsfolge[1]), die Seitenverwandten selbst dann nicht, wenn sie vom ersten Erwerber des Lehens abstammen. Dagegen kennt es in der Gesammtbelehnung ein Mittel, auch diesen ein Successionsrecht zu verschaffen[2]); hier treten zunächst die Descendenten an die Stelle eines verstorbenen Gemeiners, aber in Ermangelung solcher wächst der Antheil des Wegfallenden den Mitbelehnten an. Die Voraussetzung dieser Wirkung war jedoch die Fortdauer der ungetheilten Gemeinschaft; Theilung brach stets die Folge, wenn sich die Theilenden nicht abermals durch Erlangung eines Gedinge gegenseitig verbanden. Später wurde zum Zwecke der Begründung von Successionsrechten vorzüglich die neuere, leichtere Form[3]) der Belehnung zu gesammter Hand gebraucht, welche noch heutzutage hie und da, besonders in Sachsen[4]), die Bedingung der Agnatensuccession ist. In andern Ländern hat der Gebrauch die-

---

18 §. 375 flg. Gothaisch. Lehnsmand. §. 75), s. Weber Handb. III S. 332 flg.

9) II feud. 11. 17. 36. 50. 51 §. 3.

1) Sächs. Lehnr. 21 §. 3: It ne erft nieman nen len wen die vader uppe den sone. Schwabensp. Lehnr. 42a. Homeyer System S. 327 und 450 flg. Sind mehrere Söhne vorhanden, so braucht der Lehnsherr nur einen zu belehnen (Sächs. Lehnr. 29 §. 2), der die Brüder nach Landrecht entschädigen muß (Sachsensp. Landr. I, 14 §. 1). Vgl. auch Schwäb. Lehnr. 57.

2) S. oben §. 116. Sächs. Lehnr. 32.

3) Besonders mit bloßer Theilung der Nutzungen (Mutschirung, Oerterung).

4) Die Successionsordnung ist hierbei in Kurhessen nach Linien und

ser Gesammtbelehnung nur die Bedeutung, daß dadurch stets ein frisches Andenken an das zustehende Lehnsfolgerecht erhalten werden soll[5]).

3) Bei Erblehen.

§. 270.

Abweichungen von diesen das Lehnsfolgerecht betreffenden Rechtssätzen können im Investiturvertrage festgestellt werden. Eine bestimmte Art derselben hat man, freilich irriger Weise, schon im longobardischen Lehnrecht finden wollen und die dadurch modificirten Lehen Erblehen (feuda hereditaria) genannt[1]); die Principien dieser Theorie sind dann später sowohl von Particulargesetzgebungen häufig anerkannt, als auch in einzelnen Rechtsgeschäften zur Anwendung gebracht worden[2]). Es fehlt an einer Uebereinstimmung über den Charakter des Erblehens; im Allgemeinen liegt er in einer Annäherung des Lehens an das Allodialrecht und Entfernung vom Lehnrechte, aber wie weit diese Improprietät ausgedehnt sei, kann nur nach den Merkmalen des einzelnen Falls bestimmt werden[3]). Die Particularrechte enthalten oft nähere

innerhalb der Linie wird nach Köpfen getheilt. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 77—104. Sächs. Lehnsmandat v. 1764. Eine andere Successionsordnung hat das Goth. Lehnsmand. §. 71. 72.

5) Außerhalb Sachsens hat diese Gesammtbelehnung auf die Successions**ordnung** der Agnaten (welche vielmehr die allgemeine ist) keinen Einfluß.

1) Ueber die Geschichte der s. g. Erblehen s. Eichhorn Rechtsgesch. §. 566, und von älteren Schriftstellern besonders Hartmann Pistoris quaestiones juris (1582) L. 2 qu. 1 u. 2. Daß man sich auch nicht auf das deutsche ervelen (Homeyer a. a. O. S. 454) berufen kann, bedarf jetzt keines Beweises.

2) S. Schnaubert Erläuterungen des Lehnr. S. 463 flg. Zachariä Sächs. Lehnr. §. 95. Preuß. Landr. I, 18 §. 437 flg. Gothaisches Lehnsmandat §. 64—50. Eine Reihe von Abhandlungen darüber enthält Jenichen thes. jur. feud. II S. 569 flg. 609 flg.

3) Der Name Erblehen ist noch kein Kennzeichen für diese Gat-

Bestimmungen über die Kennzeichen der Erblehen und über den Umfang der Improprietät.

B. Die Lehnsfolgeordnung.

§. 271.

Zur Lehnssuccession werden nach dem gemeinen Lehnrechte berufen 1) die Descendenten des letzten Besitzers, und zwar so, daß mit den näheren zugleich die entfernteren succediren, indem sie den Antheil des weggefallenen Ascendenten empfangen[1]). 2) Von den Seitenverwandten kommen zuerst die Brüder mit den Söhnen vorverstorbener Brüder zur Succession[2]); in Ermangelung solcher werden alle übrigen Seitenverwandten[3]), sofern sie vom ersten Erwerber abstammen, lediglich nach Maßgabe der Gradesnähe (römischer Computation) berufen[*]). Der Unterschied zwischen voll-

---

tung. Man unterscheidet reine und gemischte Erblehen; jenes enthält die größte Impropriëtät, indem es im Ganzen nach dem Civilerbrecht beurtheilt wird, während dieses nur in einzelnen Stücken sich dem letzteren nähert.

1) I feud. 8 pr.: Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus, succedunt tantum filii aequaliter, vel nepotes ex filio loco sui patris. II feud. 11 pr.: Mortuo eo, qui beneficium tenebat, prima causa liberorum est. Filiis enim existentibus masculis, vel ex filio nepotibus, vel deinceps per masculinum sexus descendentibus, ceteri removentur agnati.

2) II feud. 11: — His vero (sc. descendentibus) deficientibus, vocantur primo fratres cum fratrum praemortuorum filiis, deinde agnati ulteriores.

3) II feud. 37: Ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, si paternum fuerit, eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.

*) Das oben auf der Grundlage der klaren Quellenaussprüche dargestellte System der Lehnsfolgeordnung ist neuerdings nachgewiesen worden von Wasserschleben das Princip der Successionsordnung nach deutschem insbesondere sächsischem Rechte 1860 S. 45 flg. Von jeher aber herrschten sehr verschiedene Ansichten über die longobardische Lehnsfolgeordnung der Seitenverwandten. Neben dem bis in das achtzehnte

bürtigen und halbbürtigen Verwandten ist hierbei ohne Einfluß, da das Successionsrecht nur mit der Abstammung vom ersten Erwerber in Verbindung steht. Mehrere zugleich zur Succession Berufene theilen das Lehen und die darauf ruhenden Lehnspflichten zu gleichen Antheilen; es steht ihnen aber frei, statt der Theilung des Lehens oder seiner Früchte, das ganze Lehen Einem gegen eine Abfindung der Uebrigen zu überlassen, welche dadurch bis zum Abgang der besitzenden Linie von der Lehnssuccession ausgeschlossen werden[4]).

Jahrhundert herrschenden Systeme der reinen römischen Gradualfolge (vertheidigt z. B. von Schilter im Cod. jur. Alem. feud. nr. 5, Majer gemeinr. Erbfolgeord. in s. g. Stammlehen u. s. w. 1805) wurde nämlich 1) das s. g. reine Linealsystem (Preuschen bei Zepernick Sammlung auserlesener Abh. 3 S. 227 flg., Pätz Lehrb. §. 109) vertheidigt; hiernach solle zunächst die Nähe der Linie entscheiden, innerhalb einer jeden aber die Gradesnähe keinen Unterschied machen, sondern alle darin Befindlichen so wie die Descendenten bei der römischen Intestaterbfolge berufen werden; 2) die s. g. Linealgradualordnung, mit a. W. die Parentelenordnung, wonach zuerst die Nähe der Linie, in derselben aber die Gradesnähe entscheiden solle. Dieß letztere System (G. L. Boehmer princ. jur, feud. §. 144, Schnaubert Erläut. des — Lehnr. S. 518 flg. Weber Handb. 3 S. 483 flg. Eichhorn Einl. § 356) gründete man zunächst auf die (jetzt als unhaltbar erwiesene) Ansicht, daß es das dem älteren deutschen Rechte überhaupt eigenthümliche gewesen sei; sodann hauptsächlich auf einige einem ganz besonderen Rechtsfalle angepaßte Ausdrücke der Stelle II feud. 50, mit welcher man die ganz selbstständigen Stellen II feud. 37 und II feud. 11 in der Weise verband, daß man diesen eine erläuternde und ergänzende Function beilegte, — ein ohne Zweifel willkürliches Verfahren. Uebrigens war die Linealgradualerbfolge die in der letzteren Zeit allgemein herrschende Theorie, welche auch in den bisherigen Auflagen dieses Werks angenommen war. Ueber die sehr große Literatur dieser Frage s. Weber Handbuch des Lehnrechts a. a. O.

4) II feud. 26 §. 7. II feud. 55 §. 2 (4). II feud. 50. Man muß übrigens eine gewöhnliche Civiltheilung, welche auf die Lehnsfolgeordnung der Seitenverwandten ohne Einfluß ist, wohl unterscheiden von einer Theilung, bei welcher sich zugleich die Familie in selbstständige

Erst nach dem Abgang aller hiernach zur Lehnsfolge Berechtigten werden Diejenigen berufen, welche durch einen besonderen Lehnsvertrag ein eventuelles Successionsrecht erhalten haben. Dahin gehören auch die Frauen und Cognaten bei s. g. Weiberlehen, welche im Zweifel nur für subsidiäre im Gegensatze derer zu halten sind, bei welchen der Verschiedenheit des Geschlechts aller Einfluß entzogen ist (feudum femininum promiscuum [5])). Uebrigens succediren die Cognaten ebenfalls nach der gemeinen Lehnsfolgeordnung, und zwar kommen zunächst diejenigen an die Reihe, welche sich nach jener am nächsten an den letzten Besitzer anschließen. Beim Eintritt der Cognatensuccession und bei der weiteren Vererbung giebt abermals das männliche Geschlecht einen Vorzug vor dem weiblichen [6]).

§. 272.

Sowohl bei der Errichtung des Lehens als auch später kann diese Successionsordnung abgeändert werden; im letzteren Falle ist die Zustimmung sämmtlicher dabei betheiligter Agnaten erforderlich, welche auch die zukünftigen Descendenten der-

---

Linien spaltet, deren jede eine als Ganzes berechtigte Verwandtengruppe für sich bilden soll. Ob diese mit Stiftungswillen begründete, rechtlich allerdings bedeutsame Organisation einer Familie anzunehmen, oder aber nur eine durch die Theilung des Lehns bewirkte factische Sonderung, ist quaestio facti.

5) Schnaubert Erläuter. S. 443 flg.

6) Dieß ist sehr bestritten, indem z. B. Manche (Eichhorn §. 358 Not. h. i.) diese Entscheidung nur dann zulassen wollen, wenn die mehreren Berechtigten in gleicher Linie und Gradesnähe stehen, oder zwischen dem Falle des ersten Anfalls an die Cognaten und der weiteren Vererbung unterscheiden. Das longobardische Recht behandelt diese Fragen schon als bestrittene. II feud. 30. 50 pr. 51. §. 3. Aber II feud. 17 pr. spricht das Princip der im Text gegebenen Entscheidung ganz allgemein aus. S. Weber Handb. III. §. 126.

selben bindet[1]). Der Einwilligung des Lehnsherrn bedarf es jedoch hierzu nicht[2]). Der Zweck solcher Abänderungen der Successionsordnung ist in der Regel die Verhütung einer Zersplitterung des Lehens; sie bestehen daher am häufigsten in der Einführung der Untheilbarkeit mit Berufung eines einzigen Lehnsfolgers[3]).

C. Erwerb der Lehnserbschaft.

§. 273.

Die Lehnserbschaft wird ipso jure mit der Delation zugleich erworben[1]), und daher auch auf die Erben des Berufenen nach dem Eintritt dieses Zeitpuncts ohne Weiteres transmittirt. Der Lehnserbe übernimmt damit die Persönlichkeit des ersten Lehnserwerbers, soweit sie sich in dem bestimmten Lehensvermögen substantiirt hat; er übernimmt es aber als ein im Durchgang durch andere Persönlichkeiten begriffenes, also mit den daraus nothwendig folgenden Wirkungen, d. h. den Vermehrungen und Verminderungen, welche eine Folge der Ausübung der vasallitischen Rechte und Pflichten sind[2]). Die Allodialerbschaft des letzten Besitzers steht mit der Lehnserbschaft in keinem Zusammenhange: sie muß, wenn sie andern Personen, als den Lehnserben zufällt, vom Lehen gesondert werden (§. 131). Der bloße Lehnserbe haftet daher weder für die Allodialschulden des letzten Besitzers, noch braucht er dessen auf das Lehen bezügliche Handlungen anzuerkennen, sofern er nicht aus besonderen

---

1) S. oben 127 Note 4 und §. 128, 3. Beim hohen Adel sind zur Errichtung einer besondern Successionsordnung dieselben Voraussetzungen zu erfüllen (die s. g. Autonomie ist nichts Besonderes).

2) Anders das Pr. Landr. a. a. O. §. 386.

3) Die verschiedenen Arten s. §. 275.

1) Sächs. Lehnr. 6 §. 1. Homeyer System S. 454. II feud. 1 §. 1. feud. 11 pr. II feud. 33 pr.

2) Nicht bloß die Veränderungen der Substanz, welche als natür-

Gründen dazu verpflichtet ist (§. 126. 127. 132. 133). Der Erwerb der Lehnserbschaft kann aber besondere Verbindlichkeiten gegen die Allodialerben begründen, namentlich die Verpflichtung zur Bestellung eines Witthums für die Wittwe des letzten Besitzers und zur Alimentation und Aussteuer seiner Töchter (§. 125).

Es ist möglich, daß die Allodialerbschaft mit der Lehnserbschaft verbunden wird, wie dieß für die Descendenten des letzten Besitzers durch ausdrückliches Gesetz geboten ist[3]). In diesem Falle muß der Lehnsfolger als Erbe die Handlungen des letzten Besitzers anerkennen[4]), und für dessen Schulden nicht bloß mit dem Allodialnachlasse, sondern auch mit den Lehnsfrüchten, als einem Theile seines eigenen Vermögens, einstehen, sofern er nicht vom beneficium inventarii Gebrauch macht. Bei der inneren Unabhängigkeit beider Successionen kann das Lehen weder als Gegenstand einer Collationspflicht betrachtet, noch bei der Bestimmung des Pflichttheils in Anrechnung gebracht werden[5]).

---

liche Folgen der Ausübung des vasallitischen Nutzungsrechts erscheinen, sind hier gemeint, sondern auch die Rechtsveränderungen, welche sich an die Schicksale eines langen Lehnsbesitzes knüpfen, und sich in Lehnsschulden, Lehnstheilungen und in den Einwirkungen der Gesetzgebung darstellen.

3) II feud. 45. S. oben §. 266 Note 4. Nach der hier gegebenen Auslegung dieser Stelle muß die Verpflichtung, beide Successionen zu verbinden, wegfallen, wenn der Vater den Sohn in Betreff der Allodialerbschaft enterbt, oder das Lehen schon bei seinen Lebzeiten an den Sohn abtritt. Ueber andere angebliche Ausnahmen und die ganze Streitfrage mit ihrer weitläufigen Literatur s. Weber Handb. III. §. 140.

4) Anwendungen s. oben §. 125 Note 11. Es entscheidet die Analogie von l. 73 D. de evict. (21, 2). l. 14 Cod. eod. (8, 45). Eichhorn Einl. §. 361 Note m.

5) Anders ist es bei einem Neulehen, welches mit einem Theile des Allodialvermögens angekauft ist; hier muß der Erwerbspreis conferirt und in den Pflichttheil eingerechnet werden.

II. Familienfideicommiß-Erbfolge.

§. 274.

Das Familienfideicommiß wird als Erbschaft des Stifters nach den Grundsätzen der successio ex pacto et providentia majorum in successiver Folge auf die Berechtigten vererbt. Zu diesen gehören bei den Familienfideicommissen des Adels alle männlichen Verwandten [1]), welche sich durch ihren Namen als Träger der Familie kund geben; sind eventuell auch die Cognaten berufen [2]), so fällt das Fideicommiß nach dem Aussterben des Mannsstamms an die s. g. Erbtochter [3]). Ausgeschlossen sind nach der Natur und Bestimmung dieses Vermögens die Adoptirten, die Unehelichen und die durch Rescript, beim hohen Adel auch die durch nachfolgende Ehe Legitimirten [4]) und die in einer Mißheirath oder Ehe zur linken

---

1) Also auch die von einem höheren Stammvater als der Stifter stammenden Agnaten, was Maurenbrecher Lehrb. §. 572 ohne Grund läugnet. Der Vorzug des Mannsstamms ist beim Adel nach der Bedeutung des Instituts der Familienfideicommisse unzweifelhaft. (S. auch Wilda in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 12 S. 185 flg.) Auch bei Familienfideicommissen des Bürgerstands kann dieß bestimmt sein, aber öfter werden sie nur die Aufgabe haben, für alle Glieder der Familie, nicht bloß für die Geschlechtsfolger i. e. S., eine Versorgung zu gewähren. Dasselbe gilt von bloßen Familienstiftungen. Ueber das Verhältniß der letzteren zum Familienfideicommiß s. Gerber in s. u. Ihering's Jahrbüchern Bd. 2 S. 351 flg. (1858).

2) Hier ist natürlich nur von dem Falle die Rede, daß das Familienfideicommiß als solches in die Hand der Cognaten komme. Ob dann aber auch ferner bloß der Mannsstamm succedire, ist quaestio facti und aus dem Sinne der Worte der Stiftung zu beurtheilen. Die Analogie des Lehens paßt nicht.

3) §. 264 Note 5.

4) Dieß ist ein unzweifelhafter Satz des Privatfürstenrechts (Pütter jus priv. princ. §. 27); für den niederen Adel, der durch leg. per subs. m. erworben werden kann, gilt er dagegen nicht, wenn ihn nicht die Stiftung ausdrücklich will, z. B. durch den Ausdruck „eheliche Lei-

Hand Erzeugten[5]). Das Fideicommißerbrecht, welches kein Inhaber (nach dem Stifter) den Nachfolgern schmälern, beschränken oder entziehen kann[6]), steht mit der Allodialsuccession des letzten Besitzers in keiner Verbindung; gebührt diese einem Andern als dem Fideicommißberechtigten, so tritt eine Trennung des Allodialvermögens vom Fideicommißvermögen ein, welche nach Analogie der Lehnssonderung bewirkt wird. Die Successionsordnung ist im Zweifel die des regelmäßigen Intestaterbrechts; mehrere zugleich Berufene treten daher zugleich in den Genuß des Fideicommisses*).

§. 275.

Der Idee, welche dem ganzen Institute der Familienfideicommisse zu Grunde liegt, kann die gemeinrechtliche Erbfolgeordnung wenig entsprechen. Daher ist auch sehr häufig bei der Errichtung derselben[1]) eine abweichende Successionsordnung festgesetzt worden[2]), welche die Untheilbarkeit des Vermögens

---

beserben" (vgl. Gerber Votum über den Bentinckschen Successionsstreit 1854 S. 12 flg.)

5) Göhrum Lehre von der Ebenbürtigkeit. II. S. 396.

6) S. §. 84.

*) Eine reelle Theilung ist im Zweifel als der Stiftung widersprechend anzusehen.

1) Ob auch die späteren Fideicommißbesitzer und Agnaten eine andere Successionsordnung einführen können, ist nach dem Grade des Einflusses zu bestimmen, welchen die Particularrechte der Willensbestimmung der lebenden Agnaten auf das Schicksal des Fideicommisses beilegen. Hauptsächlich ist bei dieser Frage zu untersuchen, wie sich das Verhältniß der neu zu errichtenden Successionsordnung zu dem Sinn und Geist der ursprünglichen Stiftung herausstellt. — Ueber die Spuren des Primogeniturrechts im Rechte des Mittelalters s. Schulze das Recht der Erstgeburt (1851) S. 199 flg. Pfeiffer über die Ordnung der Regierungsnachfolge in d. monarchischen Staaten 1826 Bd. 1 §. 17 flg.

2) Dieß soll nach dem Bayr. Edikt über Familienfideic. §. 87 und dem Pr. Landr. II, 4 §. 140 flg. bei zukünftig zu errichtenden Familienfideicommissen immer geschehen.

mit jedesmaliger Berufung eines Einzigen bestimmt. Solche besondere Erbfolgeordnungen sind 1) das Seniorat, bei welchem immer der Aelteste der ganzen Familie berufen wird, 2) das Majorat, bei welchem zunächst die Gradesnähe, bei mehreren gleich Nahen aber das höhere Alter entscheidet[3]), 3) die Primogenitur[4]), bei welcher nach Linien in der Art succedirt wird, daß die Linie des Erstgebornen und in dieser wieder der Erstgeborne den Vorzug hat[5]), 4) das Minorat, ein umgekehrtes Majorat[6]). Den durch eine solche Successionsordnung einstweilen ausgeschlossenen Familiengliedern wird häufig eine beim hohen Adel auch auf die Nachkommen übergehende Entschädigung, Apanage (Paragium), zum standesmäßigen Unterhalt gewährt, welche der jedesmalige Inhaber des Familienfideicommisses zu geben hat[7]). Ihre Größe wird durch Hausgesetze und Familienobservanz bestimmt. Da sie nach ihrem Grunde in

---

3) Der Begriff des Majorats wird oft in einem allgemeinen Sinne genommen, wonach die Primogeniturordnung eine Art desselben ist. Bisweilen soll darunter aber nur eine Modification der letztern verstanden werden. Eichhorn Einl. §. 370 Note h.

4) S. schon Aurea bulla c. 25.

5) Hiernach bestimmt sich auch die Secundogenitur, welche am häufigsten angewandt wird, wenn Fideicommisse für die ausgeschlossene zweite Linie bestellt werden. Die erste Linie kommt dann hierbei zuletzt an die Reihe.

6) Es kommt in der Regel nur bei Bauergütern vor. Daß es aber auch für Rittergüter bestimmt sein kann, ergiebt sich z. B. aus Pr. Landr. II, 4 §. 146.

7) Die Apanage kann in dem Nutzungsrechte von liegenden Gütern und in Renten bestehen. Bisweilen wird nicht eine bestimmte innerhalb der Linie zu vererbende Summe, sondern ein persönliches Rentenrecht jedes einzelnen Familienglieds gewährt, welches mit dem Tode jedes Berechtigten aufhört, aber jedem Nachkommen als solchem gebührt. Während des Concurses wird die Rente beim hohen Adel als eine Forderung gegen die Masse geltend gemacht. Kind quaest. for. II. c. 4. Zachariä Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. 1 S. 454 flg.

einem Verhältniß zu dem Werthe der Einkünfte des Familienfideicommisses steht, so wächst sie, wenn diese in Folge von Umständen steigen, durch welche ohne die bestimmte Successionsordnung auch die Apanagirten eine Bereicherung würden erfahren haben [8]).

---

8) Pütter de augendo apanagio auctis reditibus primogeniti 1745. (Auch in dessen Sylloge Comment. jus priv. princ. illustr. p. 90 sq.) S. aber Strippelmann neue Sammlung v. Entsch. des O.=A.=Ger. in Kassel V, 1 Nr. 34. Es kommt aber hierbei natürlich Alles auf die Verhältnisse des concreten Falles an.

Register.

Die Zahlen weisen auf die §§., die in Klammern eingeschlossenen auf die Anmerkungen.

A.

B.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

M.

N.

S.